Schweizerisches Viehwährschaftsrecht

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde an der Universität Freiburg i. Ü.

Vorgelegt von

Georg Willi, lic. jur.

von Ems, Kt. Graubünden

Eingereicht am 31. Mai 1909

Chur :: Druck der Aktien-Gesellschaft Bündner Tagblatt :: 1911

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545307_0028

Dem Andenken meines
... lieben Vaters ...

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1.
I. Stellung der Gewährleistung für Mängel der Sache im Rechtssystem 1
II. Begriff des Viehwährschaftrechtes 2
III. Die Viehwährschaftssysteme 3

I. Abschnitt.

Geschichtliches.

§ 2. Grundzüge der Entwicklung des schweizerischen Viehwährschaftsrechtes 7

II. Abschnitt.

Das geltende schweizerische Viehwährschaftsrecht.

§ 3. Einleitung: Aufzählung der geltenden Viehwährschaftsgesetze der Schweiz 15

I. Kapitel.

Allgemeines.

§ 4. Begriff des Mangels 18
§ 5. Interpretation des Art. 890, O.-R. 20
§ 6. Verhältnis des eidgenössischen und kantonalen Rechtes bezüglich des Viehwährschaftsrechtes 25
§ 7. Rechtliches Anwendungsgebiet der kantonalen Viehwährschaftsnormen 31
§ 8. Das räumliche Anwendungsgebiet der kantonalen Viehwährschaftsgesetze 37

Seite

II. Kapitel.

Die besonderen Voraussetzungen des Viehwährschaftsrechtes.

I. Die zum Klagegrund (im Sinne der Beweislast) gehörenden Voraussetzungen des Viehwährschaftsrechtes.

A.

Voraussetzungen des römisch-rechtlichen und des vertraglichen Währschaftssystemes.

§ 9. Die gesetzlichen Mängel und der für deren Vorhandensein massgebende Zeitpunkt 41
§ 10. Die vertraglichen Währschaftsmängel 44
§ 11. Die Mängelrüge 53
§ 12. Die Untersuchung des Tieres 58

B.

Voraussetzungen des deutsch-rechtlichen Viehwährschaftssystemes.

§ 13. Die gesetzlichen Mängel 61
§ 14. Die vertraglichen Gewährsmängel 73
§ 15. Die Gewährfristen 74
§ 16. Mängelrüge und Rückbietung 80
§ 17. Das Verfahren 84

II. Die besonderen Einreden des Verkäufers im Viehwährschaftsrechte

§ 18. Kenntnis des Käufers vom Vorhandensein des Mangels . . . 86
§ 19. Die Vereinbarung der Gewährfreiheit 90

III. Kapitel.

Inhalt des Währschaftsrechtes.

§ 20. Die Rechtsmittel des Währschaftsrechtes im allgemeinen . . . 91
§ 21. Die Wandelung 99
§ 22. Die Minderung 104
§ 23. Verjährung der Währschaftsklage und der Einrede 107
§ 24. Das Recht auf Versteigerung des Tieres 109
§ 25. Die sogenannte Regressklage 110

III. Abschnitt.

Zusammenhang des Währschaftsrechtes mit andern Rechtsmaterien.

I. Kapitel.

Irrtum beim Vertragsabschlusse und Gewährleistungspflicht.

Seite

§ 26. Status quaestionis 114
§ 27. Rechtsgrund der Gewährleistungspflicht 117
§ 28. Berührungspunkte zwischen dem Anwendungsgebiet der Normen über Irrtum und demjenigen der Bestimmungen über Nachwährschaft beim Kauf 120
§ 29. Lösung der im § 26 gestellten Frage 126

II. Kapitel.

Schuldhaftes Verhalten des Verkäufers beim Vertragsabschlusse und Gewährleistungspflicht.

§ 30. Akzessorische Wirkungen des schuldhaften Verhaltens des Verkäufers auf die Gewährleistungspflicht desselben im Viehwährschaftsrecht 128
§ 31. Selbstständige Wirkungen des schuldhaften Verhaltens des Verkäufers beim Vertragsabschlusse auf die Haftung desselben für Vorhandensein oder Fehlen von Eigenschaften der Kaufsache 133

Literatur.

I. Spezielle Literatur.

Gsell, Die gesetzliche Gewährleistung beim Handel mit Vieh in der Schweiz, Zürcher-Dissertation, Frauenfeld 1907.

Dr. med. vet. Gsell, Bezirkstierarzt in Romanshorn, hat mit anzuerkennendem Fleisse alles das schweizerische Viehwährschäftsrecht betreffende Material gesammelt und es in übersichtlicher Weise zu einer Dissertation zusammengereiht. Seine Arbeit bildet deshalb ein treffliches Hilfsmittel für eine juristisch-wissenschaftliche Abhandlung über diese Materie.

Dieckerhoff, gerichtliche Tierarzneikunde, 3. Auflage, Berlin 1902.

Gasser, Abhandlung über die Rechtsfrage: Beziehen sich die Bestimmungen sub § 2 des bernischen Gesetzes vom 30. Okt. 1881, wonach im Handel mit Tieren aus dem Pferdegeschlecht und mit Rindvieh eine Gewährleistung nur insoweit stattfindet, als solche zwischen den Parteien schriftlich vereinbart ist, ausschliesslich auf Viehhauptmängel, beziehungsweise sogenannte gesetzliche Mängel? (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXVIII, S. 222 bis 230.)

Hachenburg, Das Recht der Gewährleistung beim Tierhandel, Mannheim 1888.

Hirzel, Die schweizerische Gesetzgebung betreffend Viehwährschaft (Schweizer Archiv für Tierheilkunde, Bd. XXXI, S. 106—119).

Hirsch und Nagel, Die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 1902.

König, Gewährspflicht beim Pferdehandel (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XII, S. 266—276).

Reuter und Sauer, Die Gewährleistung bei Viehveräusserungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1900.

Schneider, Gewähr bei Viehhauptmängeln (Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. Bd. IV, S. 521—528).

II. Allgemeine Literatur.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, I. Teil, Erlangen 1876.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, 3. Auflage, Halle a. S. 1903—1906.
Dernburg, Pandekten, 7. Auflage, Berlin 1902.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Berlin 1903.
Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Auflage, Marburg 1901.
Haberstich, Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1884—1887.
Hafner, Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1905.
Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, Berlin 1883.
Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, Basel 1886—1893.
Planta, Bündnerisches Zivilgesetzbuch, Chur 1863.
Regelsberger, Pandekten, I. Teil, Leipzig 1893.
Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne 1905.
Schneider und Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, grössere unter Benutzung der Praxis bearbeitete Ausgabe, 2. Auflage, Zürich 1896.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Bd. I u. II, München 1906.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes, 5. Auflage, Leipzig 1892.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 9. Auflage, Frankfurt a. M. 1906.

Einleitung.

§ 1.

I. Stellung der Gewährleistung für Mängel der Sachen im Rechtssystem.

Seitdem das römische Recht seinen siegreichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Privatrechtes der meisten europäischen Staaten geltend zu machen begonnen, ist auch der Grundsatz der *gesetzlichen* Haftung des Verkäufers für verborgene und erhebliche Fehler der veräusserten Sache zum Gemeingut aller hauptsächlichsten Gesetzeswerke geworden. Diese Gewährleistung für Mängel der Sachen ist jedoch nichts dem Kaufvertrage Eigentümliches. Liegt doch bei allen Rechtsgeschäften, insofern nur dabei körperliche Sachen eine Rolle spielen, die vertragliche Gewährleistung für verborgene Mängel derselben im Bereiche der Möglichkeit, z. B. beim Tausch, bei den sog. ungenannten Verträgen, bei Erbschaftsteilung, bei Pfandbestellung, beim Vergleich, bei der Schenkung, bei der Ausstattung. Es ist das Bestreben der modernen Gesetzgebungen, die gesetzliche Gewährleistung des Verkäufers in entsprechender Weise auch auf weitere Arten von Verträgen zu übertragen; am Umfassendsten ist dies im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich und im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch geschehen[1]. Es wäre daher eine Forderung der Rechtslogik, die Gewährleistung für Mängel

[1] Öst. B. G. B., § 922; D. B. G. B., § 493: Die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden auf andere Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.

der Waren im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse zur Darstellung zu bringen[1]. Die meisten Gesetze, so auch das schweizerische O.-R. haben es jedoch vorgezogen, die Materie im Anschluss an den Kauf zu behandeln. Dieses geschah einerseits aus historischer Tradition, anderseits aus der praktischen Erwägung heraus, dass dadurch die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde, weil im Gebiete des Kaufes die Hauptanwendungsfälle der Gewährleistung liegen.

Das schweizerische O.-R. regelt die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache in den Art. 243—259 im Wesentlichen in Anlehnung an die Grundsätze des gemeinen Rechtes.

II. Begriff des Viehwährschaftsrechtes.

Nicht für alle veräusserten Sachen gelten die allgemeinen Regeln über die Haftung des Verkäufers für Mängel derselben. Bei einigen Tiergattungen findet sich ein von den allgemeinen Normen teilweise sehr verschiedenes Sonderrecht. Dieses erklärt sich aus dem Umstande, dass bei den Lebewesen infolge ihrer physiologischen und biologischen Beschaffenheit eine ganze Reihe von Mängeln vorkommen können, welche wie namentlich die Krankheiten von den übrigen Fehlern der Waren wesentlich verschieden und bei der toten Ware überhaupt unbekannt sind. Obwohl diese Eigentümlichkeiten in grösserem oder geringerem Masse bei allen Tieren bestehen, so beschränkt sich das Sonderrecht nur auf gewisse häufig vorkommende und von den Menschen besonders geschätzte Tiergattungen, welche Einschränkung aus der historischen Entwicklung des Viehwährschaftsrechtes zu erklären ist. **Alle Rechtsregeln, welche sich auf die Gewährleistung für Mängel bei gewissen besonderen Tiergattungen beziehen, fasst man in der Rechtswissenschaft unter dem Begriffe Viehwährschaftsrecht zusammen.**

[1] So das Öst. B. G. B. Die gleiche Regelung war im I. Entwurfe des D. B. G. B. vorgesehen. Conf. Hirsch und Nagel, S. 6.

Es ist nun die Aufgabe vorliegender Arbeit, eine ausführliche systematische Darstellung des geltenden schweizerischen Viehwährschaftsrechtes zu bieten. Dabei wird aber das Hauptgewicht auf jene Teile des Viehwährschaftsrechtes gelegt, welche eine von den allgemeinen Vorschriften des Währschaftsrechtes abweichende Regelung erfahren haben. Die allgemeinen Bestimmungen des O.-R. über Mängelgewähr werden daher nur insoweit behandelt, als sie mit Rücksicht auf die besondere Natur des Kaufgegenstandes für den Viehhandel ein besonderes Interesse bieten, da es nicht das Ziel der vorliegenden Arbeit ist, das allgemeine Währschaftsrecht zur Darstellung zu bringen. Es macht deshalb das Kapitel über den Inhalt des Währschaftsrechtes keinen Anspruch auf Vollständigkeit, hingegen wird das Verhältnis zwischen den Bestimmungen des O.-R. über Irrtum bei Verträgen und den Normen über Nachwährschaft beim Kauf, wegen des besonderen Interesses im Viehhandel, ausführlich behandelt.

III. Die Viehwährschaftssysteme.

Geschichtlich lassen sich vier Haupttypen der Währschaftsgesetze, in der wissenschaftlichen Literatur, *Währschaftssysteme* genannt, nachweisen. Es sind dies das römisch-rechtliche, das deutsch-rechtliche, das gemischte und das vertragliche Währschaftssystem[1].

1. Das *römisch-rechtliche* Währschaftssystem. — Wie schon der Name andeutet, stammen die Grundprinzipien dieses ältesten Währschaftssystemes aus dem römischen Recht. Es charakterisiert sich durch folgende Merkmale:

a) Der Verkäufer hat prinzipiell für alle verborgenen und erheblichen Mängel der veräusserten Ware aufzukommen, welche schon beim Vertragsabschlusse vorhanden waren. *Verborgen* sind die Mängel, welche dem Käufer bei Abschluss des Kaufes in entschuldbarer Weise unbekannt blieben. Als ein *erheblicher* Mangel gilt jeder Mangel, durch welchen der

[1] Vergl. Reuter und Sauer S. 12—23; Staudinger, Bd. II b, S. 127.

gewöhnliche Nutzwert des Tieres in so hohem Grade verringert wird, dass der Durchschnittskäufer den Erwerb des letzteren entweder vollständig ablehnt oder nur zu einem herabgesetzten Preise bewirkt.

b) Der Beweis, dass der Mangel schon zur massgebenden Zeit bestanden habe, liegt dem Käufer ob.

Die Prinzipien dieses Währschaftssystemes sind in allen Gesetzgebungen dem allgemeinen Währschaftsrechte zu Grunde gelegt. Dieses Rechtsprinzip, welches der Moral und dem Naturrechte am meisten entspricht, muss auch im Viehhandel geradezu als ein *ideales* Recht anerkannt werden [1]. Diese ideellen Vorzüge werden aber durch schwerwiegende Nachteile bei der praktischen Anwendung des Systemes erkauft, deren Hauptursachen in der eigentümlichen Natur der lebenden Ware liegen. Mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs und in der Absicht, die Viehwährschaftsprozesse zu vermindern und zu vereinfachen, hat das deutschrechtliche Viehwährschaftssystem teilweise auf die Anwendung der idealen Grundsätze des römisch-rechtlichen Systemes verzichtet, ohne aber dabei die allgemeinen Gesichtspunkte jenes Systemes ausser Acht zu lassen.

2. Das *deutsch-rechtliche* Viehwährschaftssystem. — Dieses System bestimmt sich nach folgenden Eigentümlichkeiten:

a) Der Verkäufer hat nur für die zum Voraus von Gesetzeswegen benannten Mängel des veräusserten Tieres einzustehen; für die ungenannten Mängel findet gar keine Nachwähr statt; jeder *Hauptmangel* hat als erheblicher Mangel zu gelten.

b. Die Haupteigentümlichkeit des deutschen Viehwährschaftssystemes besteht aber darin, dass nach diesem Systeme das Vorhandensein des Mangels zur massgebenden Zeit präsumiert wird, falls jener Fehler sich innert einer bestimmten Frist — *Gewährfrist* — zeigt. Diese Rechtsvermutung kann eine praesumtio juris oder eine praesumtio juris et de jure

[1] Reuter und Sauer, S. 15.

sein, je nachdem der Gegenbeweis durch den Verkäufer zulässig ist oder nicht.

3. Das *gemischte* Währschaftssystem. — Dieses beruht auf eine Verknüpfung des deutsch-rechtlichen und römisch-rechtlichen Systemes. Es charakterisiert sich dadurch, dass es im allgemeinen an den römisch-rechtlichen Vorschriften festhält, aber für die sogenannten Nachtkrankheiten, welche innerhalb 24 Stunden hervortreten, sowie für gewisse Mängel bestimmter Haustiere, falls sie sich innert einer gewissen Frist offenbaren, die Vermutung aufstellt, dass sie schon zur entscheidenden Zeit vorhanden waren[1].

4. Das *vertragliche* Viehwährschaftssystem. — Dieses System kennzeichnet sich dadurch, dass es eine Haftung des Verkäufers nur auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung eintreten lässt. Manche Gesetze verlangen für diese vertragliche Vereinbarung die schriftliche Form. Man unterscheidet daher innert diesem vertraglichen Währschaftssysteme, je nach dem die schriftliche Form der Garantieleistung verlangt wird oder nicht, das *schriftliche* Vertragssystem und das *einfache* Vertragssystem.

Um den Unzuträglichkeiten aus dem Wege zu gehen, welche mit der Anwendung der allgemeinen Währschaftsgrundsätze verbunden sind, hat dieses System für den Viehhandel die gesetzliche Haftung des Verkäufers überhaupt beseitigt. Es ist dies eine wirksame, aber vom Standpunkte der Rechtsmoral schwer zu rechtfertigende Lösung dieses schwierigen Problems des Viehwährschaftsrechtes[2].

Die modernen ausserschweizerischen Gesetzgebungen gruppieren sich nach den einzelnen Viehwährschaftsystemen wie folgt: Es gehören

1. dem römisch-rechtlichen Viehwährschaftssysteme an: Holland;

[1] Staudinger, Bd. II b, Seite 127/128.

[2] Vergl. Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 224 Anm. 5: „Andere Rechte, die mit den Schwierigkeiten des römischen Systemes aufräumen wollten, haben die Gewährleistung beim Viehhandel ganz abgeschafft. *Aber das heisst das Kind mit dem Bade ausschütten.*

2. dem deutsch-rechtlichen Systeme: Deutschland, Frankreich, Italien, Russland, Belgien und Luxemburg;

3. dem gemischten Systeme: Oesterreich mit Ausschluss von Ungarn;

4. dem vertraglichen Systeme: England, Nordamerika und Ungarn.

Die geltenden schweizerischen Gesetze ordnen sich in die verschiedenen Viehwährschaftssysteme wie folgt ein:

1. Dem römisch-rechtlichen System gehört das Währschaftsrecht des O.-R. an. Einzig im Kanton Zug kommt es auch im Viehhandel uneingeschränkt in Anwendung.

2. Dem deutsch-rechtlichen Systeme gehören an die Gesetze der Kantone: Zürich, Baselstadt, Baselland, Thurgau, Glarus, Schaffhausen, Graubünden, Tessin, Wallis und Genf.

3. Dem vertraglichen Systeme, und zwar

a) dem einfachen vertraglichen Systeme gehören an die Gesetze der Kantone: Luzern, Schwyz, Appenzell A.-Rh., Appenzell I.-Rh. und St. Gallen.

b) dem schriftlichen Vertragssysteme die Gesetze der Kantone: Bern, Obwalden, Nidwalden, Freiburg, Solothurn, Aargau, Waadt und Neuenburg.

I. Abschnitt.

Geschichtliches.

§ 2.

Grundzüge der Entwicklung des schweizerischen Viehwährschaftsrechtes.

Wir können in der Entwicklung des schweizerischen Viehwährschaftsrechtes drei Perioden unterscheiden.

Die *erste* Periode umfasst die Rechtsquellen des Viehwährschaftsrechtes von ihren ersten Anfängen bis zum Jahre 1805, wo St. Gallen zuerst ein modernes Viehwährschaftsgesetz erliess. Diese Quellen behandeln die Materie nur nach ihrem wesentlichen Inhalte, während sie eine Menge Détails dem Gewohnheitsrecht zur Regelung überlassen.

Zur *zweiten* Periode gehören die modernen Viehwährschaftsgesetze von 1805—1880. Diese machen den Anspruch, die zu behandelnde Materie erschöpfend zu regeln. Sie zeichnen sich also gegenüber den älteren Gesetzen durch eine gewissenhafte Festsetzung aller auf das Haftungsverhältnis des Verkäufers für Mängel des Tieres bezüglichen Normen.

Eine *dritte* Periode beginnt mit dem Jahre 1881. Mit diesem Zeitpunkte fangen die kantonalen Viehwährschaftsgesetzgebungen an, dem alten, mindestens ein halbes Jahrtausend in Kraft gewesenen, deutschen Währschaftssysteme fahnenflüchtig zu werden, um sich einem fremden, wie ein Phänomen in unserer Rechtsentwicklung auftauchendem Währschaftssysteme, dem englischen oder vertraglichen Währschaftssysteme anzuschliessen.

[1] Das Material zur folgenden Darstellung bot hauptsächlich die Diss. von Gsell.

A. Die I. Periode. — Die im ganzen noch sehr unvollkommehen Gesetze dieser Periode stehen mit geringen Ausnahmen alle auf dem Boden des deutschen Währschaftssystemes. Die Grundgedanken desselben waren gegeben, sie harrten nur der Weiterentwicklung. Die Wege zur Vervollkommnung waren schon durch diese und jene besonderen Bestimmungen der Statutarrechte angedeutet; es brauchte nur noch einer, durch eine fortgeschrittene Tierheilkunde unterstützte zielbewusste, gesetzgeberische Tätigkeit, um die einzelnen Stücke zu einem harmonischen Ganzen zu vereinigen. Diese Aufgabe war den modernen kantonalen Gesetzgebungen vorbehalten.

B. Die II. Periode. — Der Stand Freiburg erliess schon im Jahre 1769 eine neue Ordnung und Generalmandat betreffend den Hornvieh und Rosshandel, welches alle Anzeichen der neuen Rechtsentwicklung an sich trug. Neue kräftige Impulse bekam jedoch die Viehwährschaftsgesetzgebung erst durch das Aufblühen der Veterinärwissenschaft am Anfange des 19. Jahrhunderts, welche die gewaltigen Unvollkommenheiten der alten Viehwährschaftsnormen aufdeckte. Allen Kantonen voran schritt St. Gallen, welches auf Anregung des Sanitätskollegiums am 18. Mai 1805 ein sorgfältig ausgearbeitetes, originelles Gesetz über die Nachwährschaft beim Handel mit Vieh erliess. Darauf kam Luzern mit dem Gesetz vom 22. Weinmonat 1807, dann Basel m. G. vom 17. Mai 1811, Thurgau mit einem sehr eingehenden Gesetz vom 8. Mai 1811, Aargau m. G. vom 29. Dezember 1814, Appenzell A.-Rh. im Landbuch von 1817, Zürich m. G. vom 24. Dezember 1821, Waadt m. G. vom 21. Mai 1827, Zug m. G. vom 12. Mai 1828, St. Gallen m. G. vom 27. Juni 1828, Bern im Zivilgesetzbuch, II. 7., Sachenrecht, vom 28. März 1830 unter Art. 716—720, Freiburg m. G. vom 4. Dezember 1833, Solothurn m. G. vom 17. Dezember 1834, Appenzell A.-Rh. und I.-Rh. im Landbuch von 1835, Tessin im Codice civile vom 27. Dezember 1837, Luzern nochmals m. G. vom 22. Dezember 1839.

Alle diese genannten Gesetze galten nur innerhalb der Grenzen des Kantons, der sie erliess. Im interkantonalen Verkehr war man auf die Gegenseitigkeit angewiesen, wobei es begreiflich ist, dass bei dem gesteigertem Verkehr die Verschiedenheiten der Viehwährschaftsnormen namentlich in Bezug auf die Zahl und die Art der Mängel, Gewährfristen und Verfahren störend wirken mussten. Sei es wegen dieses letzteren Umstandes, sei es, weil man auch in den Kantonen mit den erlassenen Gesetzen nicht zufrieden war, sei es deshalb, weil der Zentralisationsgedanke namentlich nach den Ereignissen der 48 Jahre wesentlich Fortschritte gemacht — es kam am 5. August 1852 nach längerer Vorbereitung zum Abschluss eines Konkordates, welches von vorneherein 7 eidgenössische Stände umfasste. In der Folgezeit bis zum Jahre 1880 bewahrte das Konkordat seine Anziehungskraft für die gesetzgebenden Behörden der Kantone; verhältnismässig wenige Kantone gab es, welche unabhängig vom Konkordat legiferierten. Die hauptsächlichsten Gesetze, welche neben demselben in Kraft traten, waren das Währschaftsgesetz von Genf vom 2. April 1859, das Zivilgesetzbuch von Graubünden vom 1. Februar 1862 in § 345 bis 348, das Gesetz von Schaffhausen vom 29. Mai 1865, welches nebst einigen Zufügungen wörtlich den Text des Konkordates enthielt, das Währschaftsgesetz des Kantons Luzern vom 16. September 1867, welches das erste Gesetz nach vertraglichem Währschaftssystem war und schliesslich das Obwaldnerische Gesetz vom 11. September 1876, welches am Vorabend einer neuen Entwicklungsperiode des Viehwährschaftsrechtes auf den Grundsätzen des deutsch-rechtlichen Systemes aufgebaut war.

Der rasch fortschreitende Zentralisationsgedanke in der Schweiz hatte die Bundesverfassung von 1874 gezeitigt, welche im Art. 64 dem Bunde die Kompetenz der Gesetzgebung über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse verlieh. Vorher war schon ein Entwurf zu einem einheitlichen Obligationenrecht erschienen (1867), weil ein einheitliches Obligationenrecht auf

dem Konkordatswege angestrebt worden war. Dieser Entwurf und die folgenden Entwürfe zum eidgenössischen O.-R. von 1875 und 1877 enthielten ausführliche Bestimmungen über die Nachwährschaft beim Verkauf von Vieh. Der Entwurf von 1875 fusste auf dem gemischten Rechtssystem. Es war dieses der erste Versuch, in der Schweiz das gemischte Währschaftssystem einzuführen. Der Entwurf von 1877 war im Wesentlichen eine Reproduktion des Konkordates vom 5. August 1852. In den folgenden Entwürfen von 1878/1879 und im Gesetz vom 14. Juni 1881 ist die Regelung dieser Rechtsmaterie den Kantonen überlassen, dabei aber ein einheitliches Bundesgesetz in Aussicht gestellt. Bei ihren alten volkstümlichen Gesetzen blieben die demokratischen Kantone Nidwalden, Glarus und Uri, von denen die beiden letzteren noch heutzutage ihre Währschaftsstreitigkeiten nach Gesetzesnormen aus dem 18. Jahrhundert schlichten.

Während des ganzen Zeitraumes von 1805—1880 hielten alle kantonalen Gesetzgebungen mit Ausnahme von Luzern treu zur Fahne des deutschen Währschaftssystemes. Wie in früheren Zeiten[1], so entwickelte sich auch in der II. Periode das schweizerische Viehwährschaftsrecht vollständig unabhängig von den Gesetzgebungen verwandter Rechtsgebiete. Weder die grösseren Gesetzgebungen vom Anfang des 19. Jahrhunderts wie das Pr. A. L. R. von 1794, noch das Öst. B. G. B. von 1811, welche beide das gemischte Viehwährschaftssystem adoptiert hatten, noch die kleineren Gesetzgebungen jener Zeit, lassen vermuten, dass eine Beeinflussung stattgefunden hat.

Will man die II. Periode gegenüber der I. charakterisieren, so kann man sagen, dass dieselbe nur eine Weiterbildung der in der I. Periode vielleicht unbewusst niedergelegten Rechtsgedanken war. Vor allem wurde mit Rücksicht auf

[1] Dies ist an den Benennungen der Krankheiten und namentlich an dem Hauptmangel „gestohlen“ zu erkennen, welcher in den schweizerischen Statutarrechten nicht zu finden, hingegen in den deutschen Gesetzen regelmässig wiederkehrt.

die Erstarkung der Staatsgewalt und im Anschluss an die Weiterentwicklung des Prozessrechtes das Verfahren bei Währschaftsstreitigkeiten eingehender geregelt. Die gesetzlichen Mängel wurden gemäss dem Stande der Veterinärwissenschaft genauer umschrieben und spezialisiert. Namentlich aber wurde versucht, die Länge der Gewährfristen mit dem rechtlichen Zweck derselben in Einklang zu bringen. Die Fristen wurden bedeutend verkürzt und auf durchschnittlich 6 Wochen herabgesetzt und zugleich für die einzelnen Krankheiten die entsprechenden Fristen festzusetzen versucht. Ein weiterer und wichtiger Fortschritt lag in der Vereinheitlichung der Währschaftsnormen innerhalb der Kantone. Es entsprach dies gewiss einem begreiflichen Bedürfnis der Praxis, da gegenüber den Kantonsgenossen auch nach den alten Statutarrechten Gegenrecht gehalten wurde und dabei die Verschiedenheiten der Gesetzesnormen als ein unnützes Hemmnis betrachtet werden mussten. Hatten die Viehwährschaftsgesetze aus der Restaurationszeit einerseits einheitliches Recht innerhalb der kantonalen Grenzpfähle gebracht, so zeigten sie anderseits unter sich inhaltlich eine weitgehende Verwandschaft. Es kostete deshalb den einzelnen Kantonen nicht zuviel, sich auf ein einheitliches Gesetz zu einigen, wie das Konkordat vom 5. August 1852 zeigt, welchem ursprünglich die Stände Zürich, Bern, Zug, Freiburg, Solothurn, Aargau und Neuenburg angehörten, durchwegs Kantone, welche bereits selbständig über diese Rechtsmaterie legiferiert hatten. Das Konkordat brachte an und für sich nur interkantonales Recht, ausdrücklich oder stillschweigend galt es auch für den innerkantonalen Verkehr[1]. Bis 1866 traten noch weitere 7 Kantone hinzu: Baselstadt am 6. Juni 1855; Baselland am 24. Juli 1854; Waadt am 5. Dezember 1854; Thurgau am 11. August 1855; St. Gallen am 20. Januar 1860; Schwyz am 28. Oktober 1860; Appenzell I.-Rh. am 27. April 1862; Appenzell A.-Rh. am 25. Oktober 1863 und Wallis am 27. November 8661.

[1] Vergl. Huber, Bd. III., S. 728.

C. Die III. Periode. — Waren schon vor dem Konkordate Stimmen laut geworden, welche gegen die Begriffsbestimmungen der Hauptmängel auftraten und nach einer Verbesserung riefen[1], so traf das gleiche Schicksal das Konkordat. Schon 1860 wurde aus tierärztlichen Kreisen hevorgehoben, dass die Grenzen der Krankheitsbegriffe zu unbestimmt gefasst und zu Missbräuchen Anlass geben könnten[2]. Als im Jahre 1869 der schweizerische Bundesrat zwei Experten Dr. W. Munzinger und Dr. H. Pütz, Direktor der Tierarztneischule in Bern, einlud, sich über das Konkordat von 1852 verlauten zu lassen, so sprachen sich beide für eine Revision derselben aus. Auch der Umstand, dass man es unterliess, eine Ordnung des Viehwährschaftsrechtes im Zusammenhange mit dem Obligationenrecht von Bundes wegen erfolgen zu lassen, deutet auf eine gewisse Gewitterschwüle hin. Bis zum Jahre 1880 mochten die Konkordatskantone noch begründete Hoffnungen hegen, dass eine befriedigende Lösung dieser schwierigen Frage durch die Bundesgesetzgebung herbeigeführt werde. Als aber diese Hoffnung zu schanden wurde, so erfolgten die Austritte aus dem Konkordate in ununterbrochener Folge: Freiburg am 27. Mai 1881; Bern am 24. Dezember 1881; Solothurn am 30. April 1882; Waadt am 31. Mai 1882; Wallis am 13. Juni 1882; Neuenburg am 5. August 1882; Zug am 29. Dezember 1884; St. Gallen am 22. Mai 1886; Appenzell A.-Rh. am 3. Mai 1888; Appenzell I.-Rh. am 9. Juli 1890; Aargau am 19. Juli 1893 und endlich Schwyz am 31. Dezember 1901. Beim Konkordate blieben nur Zürich, beide Basel und Thurgau, wovon Zürich im Jahre 1894 einen Gesetzesentwurf betreff Rücktritt vom Konkordate in der Annahme der baldigen Regelung dieser Materie durch den Bund zurücklegte und Thurgau durch Volksentscheid vom 27. März 1900 den Rücktritt erklärte für den Fall, dass ein neues Konkordat zustande käme. Als der Bundesrat den Verfall des Konkordates be-

[1] Dr. Schnell ‚Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. III., Gesetzg. und Rechtspf.

[2] Gsell, S. 60.

merkte, suchte er im Jahre 1882 durch einen diesbezüglichen Entwurf, der dem Entwurfe von 1875 ähnlich war, dem Einheitsgedanken zu Hilfe zu kommen. Dieser Entwurf wurde jedoch mit Rücksicht auf die Aussichtslosigkeit seines Erfolges fallen gelassen. Die 4 ersten von den aus dem Konkordate ausgetretenen Kantonen: Freiburg, Bern, Solothurn und Waadt erklärten bei ihrem Rücktritte, dass fernerhin keine Währschaft geleistet werden solle. Das Gleiche tat Aargau, fügte aber hinzu, dass in Ermangelung diesbezüglicher vertraglicher Vereinbarung die Gewährfrist 20 Tage nach der Übergabe betragen solle. Schwyz trat ebenfalls dem vertraglichen Viehwährschaftssysteme bei, aber mit Zulassung des mündlichen Gewährversprechens. Die übrigen Kantone: Neuenburg, Zug, St. Gallen und der Halbkanton Appenzell A.-Rh. versuchten es nach dem Rücktritte vom Konkordate mit den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache Art. 243—259, verzichteten also auf ein Sonderrecht beim Handel mit Vieh. Diese Regelung befriedigte jene Kantone nicht; denn schon am 25. April 1897 erliessen Appenzell A.-Rh. und am 26. April 1898 Neuenburg ein neues Viehwährschaftsgesetz nach vertraglichem Währschaftssystem und auf den 1. Juli 1900 erklärte St. Gallen ein Gesetz nach gleichem Währschaftsprinzip in Kraft. Nur Zug verblieb bei seinem Gesetz vom 29. Dezember 1884.

So hatten alle konkordatsflüchtigen Kantone dem deutschrechtlichen Währschaftssysteme, dem sie über 500 Jahre lang angehört hatten, den Rücken gekehrt. Einzig der Halb-Kanton Appenzell I.-Rh. erliess mit dem Rücktritte vom Konkordate ein auf das deutsch-rechtliche System begründetes Währschaftsgesetz. Durch Landsgemeindebeschluss vom 30. April 1905 wurde dieses Gesetz durch ein Viehwährschaftsgesetz nach vertraglichem Systeme ersetzt.

Es ist noch beizufügen, dass Nidwalden durch Landsgemeindebeschluss vom 14. Mai 1894 und Obwalden durch Landsgemeindebeschluss vom 24. April 1904 auch zum vertraglichen Währschaftssystem übergingen.

Mitten in diesen Wirrnissen der kantonalen Gesetzgebung hielt der Bund die Zeit für günstig, sein in Art. 890, O.-R., gegebenes Versprechen einzulösen. Nachdem ein auf das vertragliche Währschaftssystem basierender Entwurf von beiden Räten mit grosser Mehrheit angenommen worden war, musste es infolge des Referendums dem Volke zur Abstimmung vorgelegt werden. *Das Gesetz wurde mit 209,118 Nein gegen 174,860 Ja verworfen.* Nun waren die interessierten Kantone wiederum auf den Konkordatsweg verwiesen. Es versuchten auch wirklich einige ostschweizerische Kantone unter Anführung von St. Gallen, sich auf ein einheitliches Gesetz zu einigen. Es blieb aber beim Versuch. Jedoch galt dieser Konkordatsentwurf vom 3. und 4. Februar 1897 als Vorbild für die Viehwährschaftsgesetze von St. Gallen, Schwyz und Appenzell I.-Rh.

Neuerdings hat die Expertenkommission zur Revision des Obligationenrechtes in ihrer Herbstsession 1908 sich für das schriftliche Vertragssystem unter Beschränkung der Gewährfrist auf 14 Tage ausgesprochen. Es ist abzuwarten, welches Schicksal dieser Vorschlag vor der Bundesversammlung und eventuell vor dem Volke noch in der Zukunft haben wird.

II. Abschnitt.

Das geltende schweizerische Viehwährschaftsrecht.

§ 3.

Einleitung: Aufzählung der geltenden Viehwährschaftsgesetze der Schweiz.

Das gegenwärtig geltende Viehwährschaftsrecht der Schweiz beruht auf folgenden Gesetzen:

1. Gesetze des vertraglichen Viehwährschaftssystemes.

a) Dem schriftlichen Vertragssysteme gehören an:

Bern, Gesetz betreffend Ausserkraftsetzung des Konkordates vom 27. Brachmonat 1853 über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel vom 30. Oktober 1881.

Obwalden, Gesetz betreffend die Gewährleistung beim Viehhandel vom 24. April 1894.

Nidwalden, Gesetz betreffend Währschaft für Viehmängel vom 14. Mai 1894.

Freiburg, Loi abrogeant le concordat sur les vices rédhibitoires du bétail vom 19. Mai 1881[1].

Solothurn, Gesetz betreffend die Gewährleistung wegen Mängeln beim Handel mit Vieh vom 27. Juni 1884.

Aargau, Gesetz betreffend den Rücktritt des Kantons Aargau vom Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel vom 27. November 1892.

---

[1] Das Gesetz vom 15. Februar 1868 über die Garantie für Trächtigkeit der Kühe und Stuten ist nicht ausdrücklich abrogiert, aber nach dem Gesetze vom 19. Mai 1881 wenigstens teilweise obsolet geworden.

Waadt, Loi abrogeant le décret du 5. XII. 1854, ainsi que la loi du 22. Mai 1858 concernant l'action rédhibitoire des animaux vendus vom 13. Mai 1882[1].

Neuenburg, Loi sur la garantie dans le commerce du bétail vom 26. April 1898.

b) Dem einfachen Vertragssysteme gehören an:

Luzern, Gesetz über Abschaffung der Gewähr beim Viehhandel vom 16. September 1867.

Schwyz, Gesetz betreffend Gewährleistung beim Viehhandel vom 24. November 1901.

Appenzell A.-Rh., Gesetz über die Gewährleistung beim Viehhandel vom 25. April 1897.

Appenzell I.-Rh., Viehwährschaftsgesetz für den Kanton Appenzell I.-Rh. vom 30. April 1905.

St. Gallen, Gesetz über den Beitritt zu einem Konkordat vom 30. November 1900 und Nachtragsgesetz dazu vom 21. Mai 1901.

2. Gesetze des deutsch-rechtlichen Viehwährschaftssystemes:

Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel vom 5. August 1852. Diesem Konkordate gehören noch an: *Zürich,* durch Gesetz vom 22. April 1853; *Baselland,* durch Gesetz vom 22. November 1854; *Baselstadt,* durch Gesetz vom 5. Juni 1855; *Thurgau,* durch Gesetz vom 11. August 1855.

Uri, Landbuch III, S. 170, Art. 179 und 180 des alten Landbuches, Landsgemeindeerkenntnis von 1763.

Glarus, Landbuch III, S. 210.

Baselstadt, Verordnung über Ausführung des Konkordates betreffend Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel, sowie der Hauptmängel der Schweine und Schafe vom 10. Dezember 1855. § 1 bis § 5 dieser Ver-

[1] Gsell (S. 104) führt ein langes Gesetz von Waadt über die Garantie für Trächtigkeit der Kühe und Stuten vom 16. Mai 1867 als geltendes Gesetz an. Dieses Gesetz ist jedoch durch das Einführungsgesetz zum O.-R. vom 31. Aug. 1882 im Art. 3, Z. 7 aufgehoben.

Verordnung sind aufgehoben durch die Verordnung vom 20. Januar 1866 [1].

Baselland, Landesordnung von 1813, 2. Teil, Titel 9, § 151 C und D bis § 157. § 154 der Landesordnung ist durch Gesetz vom 8. April 1839 teilweise abgeändert worden [2].

Schaffhausen, Gesetz, die Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel betreffend, vom 29. März 1865; § 8 dieses Gesetzes abgeändert durch Gesetz vom 23. Juni 1869.

Graubünden, C. G. B. vom 1. Februar 1862, § 345 bis § 348.

Tessin, Codice civile vom 15. November 1882, Art. 752—761.

Wallis. Dieser Kanton ist im Jahre 1881 vom Konkordate über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel zurückgetreten. Trotzdem werden die Viehwährschaftsstreitigkeiten nach dem Konkordate abgeurteilt [3].

Genf, Loi sur les vices rédhibitoires des animaux vom 2. April 1859 [4].

3. Gesetze nach römisch-rechtlichem System.

Kein einziger Kanton der Schweiz hat das römisch-rechtliche Währschaftssystem ausdrücklich adoptiert. Aber infolge des Grundsatzes der Subsidiarität des eidgenössischen O.-R. für die kantonalen Viehwährschaftsgesetze ist das Geltungsgebiet dieses Systems bei der Nachwährschaft für Vieh von nicht unbedeutender Ausdehnung. Z. B. der Art. 890, O.-R., bestimmt als eigentümliche Objekte des Viehwährschaftsrechtes folgende Tiergattungen; Pferde, Esel, Maulesel, Rind-

[1] Gsell hat dies übersehen (S. 96).

[2] Bei Gsell (S. 97) nicht erwähnt.

[3] Wenn wir in den folgenden Ausführungen vom Konkordate sprechen, ist das Viehwährschaftsrecht des Kantons Wallis auch inbegriffen.

[4] Das Gesetz von Genf folgt nur teilweise dem deutsch-rechtlichen Systeme, weil es keine Hauptmängelliste kennt. Der Einfachheit halber haben wir es im Anschluss an das deutsch-rechtliche Währschaftssystem behandelt.

vieh, Schafe, Ziegen und Schweine. Soweit nun die Sonderbestimmungen der kantonalen Viehwährschaftsgesetze nicht alle diese Tiergattungen ergreifen, kommen für die übrigen die Art. 243—259, O.-R., zur Anwendung. In den Kantonen Zürich, Uri, Glarus, Baselstadt und Baselland, Schaffhausen, Graubünden, Thurgau, Tessin und Wallis herrscht demnach neben dem deutsch-rechtlichen Systeme und im Kanton Bern neben dem vertraglichen Währschaftssysteme für eine oder mehrere Tiergattungen das römisch-rechtliche System.

Ausschliesslich steht das römisch-rechtliche System im Kanton Zug in Geltung, weil dieser Kanton seitdem Austritte aus dem Konkordate kein neues Währschaftsgesetz erlassen.

I. Kapitel.

Allgemeines.

§ 4.

Begriff des Mangels[1].

Um zum Begriffe des „Mangels“ eines Dinges zu gelangen, muss man vom Begriffe der Eigenschaften desselben ausgehen. Die wirtschaftlichen Eigenschaften eines Dinges erkennen wir, wenn wir es in bezug auf seine Tauglichkeit zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse betrachten. Wir werden nun finden, dass diese Eigenschaften dem menschlichen Begehren zum Teil entsprechen, zum Teil aber widerwärtig sind; die ersteren wollen wir „gute“, die letzteren „schlechte Eigenschaften“ nennen. Beispiel: Die Menschen erachten es als eine Annehmlichkeit, dass sie die physischen Kräfte mancher Tiere sich dienstbar

[1] Eine ausführliche Erläuterung dieses Begriffes ist in der juristischen Literatur nirgends zu finden.

machen können, während sie auf der anderen Seite unangenehm empfinden, dass neben diesem Vorteile die Nachteile der kostspieligen Ernährung jener Lebewesen bestehen. Die Summe der guten und schlechten Eigenschaften ergibt die *Beschaffenheit* eines Dinges. Eben diese Beschaffenheit bildet die Grundlage für die Einteilung der Waren nach Gattung, Art oder Sorte. Es können nun aber solche Veränderungen in der Beschaffenheit eines Dinges eintreten, welche eine Abweichung von der *normalen Beschaffenheit* der Dinge einer bestimmten Gattung, Art oder Sorte bedeuten, ohne dass die Zugehörigkeit dieses Gegenstandes zu der betreffenden Gattung, Art oder Sorte in Zweifel gezogen werden könnte. Dadurch kommen wir zum Begriffe des Mangels. *Sind nämlich bei einer Ware die schlechten Eigenschaften in höherem Masse oder in grösserer Zahl vorhanden, oder die guten Eigenschaften in geringerem Masse oder schwächerer Zahl vertreten als bei der normalen Beschaffenheit der Dinge der betreffenden Gattung, Art oder Sorte, so spricht man im gewöhnlichen Sprachgebrauch von einem Mangel*[1].

Diesen Begriffsumfang hat also der Ausdruck Mangel im gewöhnlichen Sprachgebrauch. Dieser **engere** *objektive Begriff des Mangels* genügt für den juristischen Sprachgebrauch bei Regelung der Gewährleistung beim Kaufe aus folgenden Gründen nicht. Beim einzelnen Kaufvertrage handelt es sich um *einen* interessierten Käufer oder höchstens um eine *beschränkte Zahl* von Käufern mit gleichen wirtschaftlichen Interessen. Diese *individuellen* Bedürfnisse,

[1] Den Ausdruck „Mangel“ und „Fehler“ gebrauchen wir synonym. Das O.-R. spricht neben „Mängeln der Ware“ auch von „fehlerhafter Ware“ (Art. 254 u. 255). Auch das D. B. G. B. verwendet die beiden Wörter im gleichen Sinne. Hanausek, Einleitung, Anm. 3, spricht von „Fehler“ im Sinne von gesetzlichem Mangel gegenüber dem vertraglichen Mangel.

Diesen engeren Begriff des Mangels hat Gasser im Auge, wenn er a. a. O. S. 222 in der Titelüberschrift von *Hauptmängeln* oder sogenannten *gesetzlichen Mängeln* und auf S. 224 von Viehhaupt- beziehungsweise *verborgenen Mängeln* spricht.

welche den Grund zum Abschlusse des Vertrages geboten haben, brauchen sich mit den Durchschnittsbedürfnissen gleicher Art anderer Menschen nicht zu decken. Es wird vielfach beim Kaufe ein *bestimmter Gebrauch vorausgesetzt* werden. Zeigt sich die Sache nachträglich zu diesem Gebrauche nicht geeignet, so spricht der Käufer von einem Mangel der Sache, obwohl die Sache ohne Rücksicht auf den Kaufvertrag nicht die Bezeichnung mangelhaft verdient. Wird z. B. ein Pferd zum Reiten verkauft, so ist es ein Mangel, wenn das Pferd den Sattel nicht verträgt. Eine nicht interessierte Person wird aber bei der Untersuchung des Pferdes dieses nicht als einen Fehler bezeichnen, da durchschnittlich nicht vorausgesetzt wird, dass ein Pferd zum Reiten geeignet sei. Weiter kann der Käufer *das Vorhandensein oder Fehlen gewisser Eigenschaften besonders zusichern* lassen. Bewahrheiten sich diese Zusicherungen nicht, so sagt der Käufer, die Sache sei mangelhaft. Beispiel: A kauft ein Pferd von B und lässt sich Garantie dafür leisten, dass das Tier vom Rittmeister C dressiert worden sei. Ist dies tatsächlich nicht der Fall, so kann der Käufer das Pferd als mangelhaft zurückstellen. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche fällt es niemandem ein, dieses Pferd deshalb als mangelhaft zu bezeichnen, weil es nicht vom Rittmeister C zugeritten wurde. *Im* **weiteren** *Sinne spricht man von Mängeln der Sache auch dann, wenn sich die beim Kaufe gemachten Zusicherungen nicht bewahrheiten oder die Sache zum vorausgesetzten Gebrauche untauglich ist.* Der Umfang des Begriffes im weiteren Sinne kann sich ändern je nach der subjektiven Auffassung der Parteien beim Vertragsabschlusse. Dieser Begriff ist also zum Teil ein *subjektiver.*

§ 5.

Interpretation des Art. 890.

Seit der Bundesverfassung von 1874 fällt die Regelung des allgemeinen Währschaftsrechtes, also auch des Viehwährschaftsrechtes in die Kompetenzsphähre des Bundes.

Das allgemeine Währschaftsrecht wurde dann auch im eidgenössischen O.-R. vom 14. Juni 1881 in den Art. 243—259 im Zusammenhange mit der Behandlung des Kaufvertrages einheitlich geregelt. Trotzdem in den ersten Entwürfen zum O.-R. auch das Viehwährschaftsrecht berücksichtigt war, wurde im Gesetze von 1881 in Art. 890 unter den Uebergangsbestimmungen die Regelung dieser Materie den kantonalen Gesetzgebungen anvertraut, zugleich aber ein einheitliches eidgenössisches Gesetz in Aussicht gestellt.

Art. 890 lautet: Beim Handel mit Vieh (Pferden, Eseln, Mauleseln, Schafen, Ziegen und Schweinen) gelten hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel die Vorschriften der kantonalen Gesetzgebungen, beziehungsweise des Konkordates über die Viehhauptmängel bis zu dem Zeitpunkte, wo hierüber ein eidgenössisches Gesetz erlassen sein wird.

Auf Grund dieses Artikels können wir die Grenzen festsetzen, innert derer die Kompetenz des Bundesgesetzgebers an die kantonalen Gesetzgebungen übertragen ist.

1. Im Art. 890, O.-R., ist die Regelung der Gewährleistung wegen *Mängel* den Kantonen vorbehalten. Diese Ausdrucksweise hat in der Rechtsanwendung zu einer verschiedenen Auslegung verleitet[1]. Die schwierige Frage besteht nun darin, ob der Begriff „Mangel" nur auf die Mängel im *engeren* Sinne sich bezieht oder ob er auch auf die Mängel im *weiteren* Sinne auszudehnen ist[2]. Die Absicht des Bundes-

[1] Gewiss sind unter diesem Ausdruck „Mangel" nur die sachlichen Mängel im Gegensatze zu den rechtlichen Mängeln zu verstehen, denn der rechtliche Grund, welcher den Gesetzgeber zu einer Sonderregelung der Nachwährschaft beim Tierhandel veranlasste, besteht in keiner Weise in Ansehung der rechtlichen Mängel.

[2] Nur Mängel im *engeren* Sinne, gesetzliche Mängel oder verborgene Mängel wollen unter dem Ausdruck „Mangel" in Art. 890, O.-R., verstanden wissen: Das *Obergericht Zürich* in einem Urteile vom 17. März 1885 (Revue, Bd. I, S. 230), *Oberrichter Schneider* in Aarau in seinem Referat, gehalten an der Jahresversammlung des schweizezerischen Juristenvereins zu Aarau am 24. und 25. August 1885 (Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. IV, S. 521 ff.), *Fürsprech Gasser*, Ueber Gewährleistung beim Viehhandel nach bernischem Recht (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXVIII, S. 222—230,

gesetzgebers in bezug auf die vorliegende Streitfrage ist nicht leicht zu ermitteln. Der Ausdruck „Mangel“ wird im O.-R. als Titelüberschrift zu den Art. 243—259 und im Kontexte dieser Artikel stets im weiteren Sinne verwendet. Es ist daher die Behauptung naheliegend, dass im Art. 890 dem Begriffe Mangel der gleiche Sinn beizulegen sei.

Gewichtige Gründe jedoch sprechen auch zugunsten der gegenteiligen Ansicht. Zur Zeit der Entstehung des O.-R. spielte das deutsch-rechtliche Viehwährschaftssystem in der Schweiz die Hauptrolle. Die deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze, darunter auch das Konkordat, welches damals 16 Kantone umfasste, regelten nur das Verfahren bei gesetzlichen Mängeln, aber nicht die vertragliche Gewährleistung, weil die Sonderbestimmungen der deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze auf die vertragliche Gewährleistung nicht passten. Auch die besonderen Bestimmungen über den Viehhandel, welche die Entwürfe 2 und 3 zum O.-R. enthielten, bezogen sich nur auf gesetzliche, resp. verborgene Mängel (Entw. 3.). Sowohl nach den kantonalen Rechten, wie nach den Entwürfen zum O.-R. galt hinsichtlich der gutgesicherten Eigenschaften das allgemeine Währschaftsrecht. Bei dieser Sachlage kann man sich des Zweifels nicht erwehren, dass der Gesetzgeber des O.-R. möglicherweise unter „Mängel“ nur jene gesetzlichen, resp. verborgenen Mängel im Auge gehabt habe. Dieses um so mehr, da im französischen Texte des Art. 890 das Wort „Mangel“ mit vices rédhibitoires übersetzt wurde, welcher Ausdruck auch dem deutschen Begriffe von „Hauptmängeln“ entspricht.

dazu Zusatz der Redaktion, S. 230—233), *Prof. Zeerleder* (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXIX, S. 527) und *Schneider und Fick,* Art. 890, Anm. 4. Für den Begriff des Mangels im *weiteren* Sinne erklärten sich: *Obergericht Bern* in einem Urteil vom 24. Februar 1893 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXIX, S. 234, Motive 3). *Obergericht Bern* wiederum in einem Urteil vom 27. Februar 1896 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXIII, S. 33 ff.) und *das Bundesgericht* in einem Urteil vom 12. Juni 1897 in Sachen Verent und Ziegler (Bundesg. Entsch., Bd. XXIII, S. 813). *Rossel,* S. 14.

Tatsächlich hat nun die erstere Auslegung des Art. 890 die Oberhand gewonnen. Der Grund hiefür lag in der Interpretation, die der Ausdruck Mangel in den Gesetzen des schriftlichen Vertragssystemes gefunden hatte. Mochte dort die Theorie noch so sehr betonen, dass der Begriff Mangel nur die Mängel im engeren Sinne umschliesse, die Praxis wich vor den unüberwindlichen Schwierigkeiten, welche eine solche Auslegung zur Folge hatte, zurück, und legte dem Ausdruck Mangel den weiteren Sinn bei. Sobald man nämlich den Begriff des Mangels nicht im weitesten Sinne auffasste, musste man wegen der Sicherheit des Rechtsverkehrs bei den Gesetzen des schriftlichen Vertragssystemes eine scharfe Grenze vorzeichnen, innert welcher die Parteien zur Gültigkeit des Gewährversprechens der schriftlichen Form sich bedienen mussten. Diese Abgrenzung war aber nicht möglich, ohne dass der Gesetzgeber die einzelnen Fälle, für welche er schriftliche Form verlangte, namentlich aufzählte, ähnlich wie dieses beim deutschen Viehwährschaftssysteme durch Bezeichnung von Hauptmängeln geschehen war. Tatsächlich aber ist den Gesetzen des schriftlichen Vertragssystemes eine solche Mängelliste gänzlich unbekannt. Die Folge davon war, dass die Praxis mit Rücksicht auf einen gesicherten Rechtsverkehr notgedrungen das Requisit der schriftlichen Vertragsform auf alle Fälle der vertraglichen Zusicherungen wegen Mängel der Kaufsache ausdehnen musste.

Mit dieser Auslegung der kantonalen Gesetze musste der Art. 890 in Harmonie gebracht werden. Man stand vor dem Dilemma, entweder die gleiche extensive Interpretation des Begriffes „Mangel“ auch für den Art. 890 anzuerkennen oder eine Reihe von kantonalen Gesetzgebungen der Kompetenzübertretung schuldig zu erklären. Das Bundesgericht hat nun in einem Urteil vom 12. Juni 1897 in Sachen Verent c. Ziegler[1] in ausführlicher Darlegung sich für die *extensive Auslegung* des Ausdruckes „Mangel“ entschieden.

2. Das den kantonalen Gesetzgebungen vorbehaltene Viehwährschaftsrecht kann sich nur auf *einige besonders*

[1] Bundesg. Entsch., Bd. XXIII, S. 813 ff.

genannte Tiergattungen nämlich: Pferde, Esel, Maulesel, Rindvieh, Schafe, Ziegen und Schweine beziehen.

3. Stillschweigende Voraussetzung aller kantonalen Gesetze, sowie wohl auch des Art. 890, ist, dass das Tier beim Abschluss des Kaufvertrages noch *lebend* war. Ist also das Tier vor diesem Zeitpunkt getötet worden, so kommen die gewöhnlichen Rechtsgrundsätze zur Anwendung; befindet es sich noch am Leben, so fällt es unter das Herrschaftsgebiet der kantonalen Viehwährschaftsgesetze. Diese Unterscheidung ist *strikte* durchzuführen mit Rücksicht auf eine sichere Rechtsanwendung[1].

4. Der kantonale Gesetzgeber ist nicht befugt, das Viehwährschaftsrecht auf andere als im Art. 890 unter dem Ausdrucke „Handel" zusammengefassten Verträge auszudehnen. Diese Verträge sind *Kauf und Tausch.* Diese Auffassung ist berechtigt, weil das Konkordat, dem zur Zeit der Entstehung des O.-R. 16 Kantone angehörten, unter dem Begriff „Handel" ausdrücklich nur die beiden Vertragstypen Kauf und Tausch zusammenfasste. Auch der Entwurf 3 zum O.-R. hatte, um über seine Auffassung über das Wort „Handel" keinen Zweifel aufkommen zu lassen, neben diesem Worte in Klammern „Kauf und Tausch" beigefügt (Art. 284 a.). Sicherlich sind also vom Viehwährschaftsrechte ausgeschlossen die übrigen Rechtsgeschäfte, welche auf eine entgeltliche Übertragung von Eigentum gerichtet sind, wie: Einlage in die Gesellschaft (Art. 528,O.-R.), Gemeinschaftsteilung, Erbteilung, die sog. ungenanntenVerträge: do, ut facias oder facio, ut des[2].

[1] Vergl. Urteil des Obergerichtes Bern vom 27. Febr. 1896 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXIII, S. 33): der Preis war nach dem Schlachtgewicht berechnet worden und doch kam das kantonale Recht zur Anwendung.

[2] Das graubündnerische Viehwährschaftsgesetz, welches in § 345 C. G. B. von entgeltlicher Übertragung von Eigentum an Vieh spricht, darf also nur auf den Kauf- oder Tauschvertrag bezogen werden, wie dies auch in der Anmerkung 1 zum § 345 C. G. B. im Kommentar von Planta geschehen ist. Nach dem D. B. G. B. § 493 finden die Vorschriften über die Verpflichtungen des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache auf andere Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung. Vergl. § 1, S. 1, Anm. 1. Vergl. Hachenburg, S. 32—50.

Der Begriff „Handel“ ist nicht identisch mit dem Begriff des „Handelsgeschäftes“, für welches die speziellen Bestimmungen des Handelsrechtes zur Anwendung kommen. Der Begriff „Handelsgeschäft“ bestimmt sich auch nach der Person (Kaufmann), welche es abschliesst; der Begriff „Handel“ ist ein objektiver[1].

§ 6.

Verhältnis von eidgenössischem und kantonalem Rechte bezüglich des Viehwährschaftsrechtes.

I. Keine der kantonalen Gesetzgebungen hat von dieser ihrer Kompetenz, das Viehwährschaftsrecht nach ihren speziellen Wünschen zu regeln, in vollem Umfange Gebrauch gemacht. Es entsteht nun die wichtige Frage, welchem Rechte der kantonale Richter die subsidiären Normen für die Entscheidungen in Viehwährschaftsstreitigkeiten entnehmen soll? Schon im Jahre 1884 warf Haberstich[2] diese Frage auf und kam bei deren Beantwortung zum Schlusse, dass man gar kein Gesetz habe, wenn man das schweizerische O.-R. zur Seite schiebe. Durch einen Prozessfall vom Jahre 1896 in Sachen Bloch c. Gülich kam das Bundesgericht in die Lage, sich mit dieser Frage eingehend zu beschäftigen. Die diesbezüglichen Erörterungen des Bundesgerichtes werden wir aus den Bundesgerichtlichen Entscheiden, Band XXII, Seite 867 f., ihrer prinzipiellen Wichtigkeit wegen, hier wörtlich zitieren. Es heisst dort: „Art. 890 bezweckt nämlich nicht, die fragliche Materie aus dem Bereiche des im übrigen einheitlich geordneten Mobiliarverkehres auszuscheiden und darüber den Kantonen schlechthin die Gesetzgebungsbefugnis

[1] Deshalb ist es auch falsch, wenn das Obergericht Bern in seinem Urteil vom 23. Februar 1893 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. XXXIII, S. 34) bei der Widerlegung der Einrede, dass der Verkauf von Schlachtvieh nicht unter dem Begriff „Handel“ im Sinne des Art. 890 falle, den Kläger darauf hinwies, dass er als Metzger im Handelsregister eingetragen sei, also doch einen Handel betreibe.

[2] Haberstich, Bd. II, S. 48.

zuzuweisen, sondern es werden dadurch bloss die bestehenden oder zu erlassenen speziellen Vorschriften der Kantone vorbehalten für so lange, bis ein bezügliches eidgenössisches Gesetz erlassen werden wird. Konstitutionelle Gründe oder Bedenken über die Zulässigkeit einer einheitlichen Regelung der Materie konnten nicht bestehen und es waren lediglich Zweckmässigkeitsrücksichten, welche den Gesetzgeber veranlassten, dieselbe zu verschieben [1]. Inzwischen nun soll es wohl den Kantonen vorbehalten bleiben, durch spezielle Vorschriften die Materie zu ordnen. Dagegen lag es dem Gesetzgeber ferne, auch das kantonale gemeine Vertragsrecht auf diesem Gebiete fortbestehen zu lassen, so dass da, *wo eine solche spezielle Gesetzgebung mangelt, die Bestimmungen des schweizerischen O.-R. Platz greifen.* [2] Also schon durch die usuelle Interpretation des Art. 890 ist für die kantonalen Viehwährschaftsgesetze das subsidiäre Recht vorgeschrieben. Die Auslegung ging soweit, dass auch dort, wo die kantonalen Viehwährschaftsgesetze die subsidiäre Anwendung des eidgenössischen Rechtes vorgesehen, das letztere nicht als kantonales, sondern als eidgenössisches Recht zur Anwendung kommt [3].

Diese Auslegung des Art. 890 entspricht auch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Anwendung des Rechts.

[1] Vergl. Schneider und Fick, Kommentar zum Art. 890, O.-R., Anm. 1; Soldan, le code fédéral des obligations, S. 193.

[2] Hafner, Kommentar zum Art. 890, Anm. 2. Haberstich, Handbuch des schweizerischen O.-R., Bd. II, S. 48. Urteile des zürcherischen und thurgauischen Obergerichtes in den Handelsgerichtlichen Entscheidungen, Bd. IV, S. 124 und in der Revue der Gerichtspraxis, Bd. X, S. 147. Im gleichen Sinne spricht sich das Bundesgericht aus in seinem Urteil vom 22. Januar 1897 in Sachen Bloch gegen Schlumberger (Bundesg. Entsch., Bd. XXIII$_1$, S. 178, Erw. 3), im Urteil vom 11. Dezember 1897 in Sachen Zimmermann c. Rebmann (Bundesg. Entsch., Bd. XXIII$_2$, S. 1821, Erw. 2), im Urteil vom 12. Juni 1897 in Sachen Verent c. Ziegler (Bundesg. Entsch., Bd. XXIII$_1$, S. 813 ff., Erw. 2).

[3] So Bundesgericht in seinem Urteil vom 11. Dezember 1897 in Sachen Zimmermann c. Rebmann (Bundesg. Entsch., Bd. XXIII$_2$, S. 1821 Erw. 3).

Es handelt sich nämlich bei der Nachwährschaft für verkauftes Vieh um eine sonderrechtliche Regelung, welche von den allgemeinen Normen über Nachwährschaft für Sachmängel beim Kauf eine Ausnahme bilden. Nach allgemeinen Grundsätzen kommt aber beim Wegfall der lex specialis die lex generalis wieder zur Geltung. Da nun die allgemeinen Grundsätze über Nachwährschaft beim Kauf, abgesehen vom Viehwährschaftsrechte, durch das O.-R. geregelt sind, so kommen folgerichtig für die kantonalen Viehwährschaftsgesetze die obligationenrechtlichen Normen subsidiär zur Anwendung.

II. Aus den obigen Erörterungen entstehen nun folgende Schlussfolgerungen für das Viehwährschaftsrecht:

1. Soweit die kantonalen Viehwährschaftsgesetze nur die gesetzliche Gewährleistung regeln, kommt für die vertraglichen Zusicherungen in vollem Umfange das eidgenössische O.-R. zur Anwendung. *Dies ist bei allen deutschrechtlichen Viehwährschaftsgesetzen der Fall.*

a. Das Konkordat, die Gesetze von Wallis und Schaffhausen lauten in § 6 (Schaffhausen § 9): „Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen über Gewährsmängel und Gewährszeit können durch Vertrag bedungen werden.“ Die Tragweite dieses Paragraphen war in früheren Zeiten sehr bestritten. Hatte der § 6 nur den Zweck, die Vertragsautonomie der Paziszenten hinsichtlich der gesetzlichen Viehhauptmängel und der dazugehörigen Gewährfristen ausser Zweifel zu stellen oder sollten für die vertraglichen Vereinbarungen über Gewährsmängel und Gewährszeit die Bestimmungen des Konkordates über das Verfahren bei gesetzlichen Mängeln massgebend sein? Die letztere Ansicht ist schliesslich mit aller Entschiedenheit abgewiesen worden, und zwar mit Rücksicht auf die Praxis. Denn nahm man den Ausdruck „Gewährsmangel“ im § 6 im *engeren* Sinne, so entstanden für die Rechtsanwendung die gleichen unüberwindlichen Schwierigkeiten, wie wir sie in dem Paragraphen 5, S. 23, für die Gesetze des schriftlichen Vertragssystemes dargelegt haben. Stellte

man dem Begriff „Gewährsmangel“ den *weiteren* Sinn unter, so ergaben sich Folgerungen, die nicht im Sinne des Konkordates lagen. Wäre zum Beispiele für eine bestimmte Milchergiebigkeit der Kuh garantiert worden, so hätte das ganze kostspielige Verfahren mit Berufung von zwei amtlich bestellten Tierärzten und eventuellem Obergutachten der kantonalen Medizinalbehörde zur Anwendung kommen müssen, wie das Konkordat für die Hauptmängel vorsieht. Wäre das im lebenden Zustande untersuchte Tier während der Gewährszeit umgestanden oder aus polizeilichen Rücksichten getötet worden, so wäre dasselbe nach § 11 Konkordat nochmals zu untersuchen, ein Sektionsbefund mit Gutachten abzufassen und nötigenfalls der frühere Befund zu berichtigen. *Es blieb also für die Konkordatskantone nichts anderes übrig, als für alle vertraglichen Zusicherungen das allgemeine Währschaftsrecht massgebend zu erklären*[1]. Die Folge dieser Interpretation des § 6 des Konkordates ist die, dass auch dann, wenn die Parteien Währschaft nach dem Konkordate für ihre vertraglich festgesetzten Mängel vereinbaren, diese sich nicht auf die prozessualischen Vorschriften über das Ver-

[1] Zu dieser Interpretation des § 6, Konkordat, gelangte schon Haberstich, Bd. II, S. 46, ebenfalls Oberrichter Schneider in seinem oben zitierten Referate (Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. IV, S. 521—526); nach den Bezeugungen von Oberrichter Schneider hatte auch das Obergericht Aargau schon vor dem Inkrafttreten des schweizerischen O.-R. sich für diese Auslegung entschieden (l. c. S. 522). Vergl. auch privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom 4. September 1887, § 445: „Sind beim Verkauf von Pferden oder von Rindvieh, abgesehen von der Haftung für gesetzliche Gewährsmängel, bestimmte Eigenschaften versprochen worden, deren Mangel die Nachwährschaft begründet, so kommen dafür die gewöhnlichen Rechtsgrundsätze zur Anwendung. Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen, § 1355, hat den gleichen Wortlaut wie der § 445 des zürcherischen Gesetzbuches. — Dieser Interpretation des § 6, Konkordat, mag auch die restriktive Auslegung des Art. 890 in bezug auf den Ausdruck „Mangel“, wie sie teilweise stattgefunden hatte, Vorschub geleistet haben. – Das D. B. G. B. § 492 wendet teilweise die Bestimmungen über die Viehhauptmängel auch auf vertraglich vereinbarte Mängel an. Für das D. B. G. B. war dies leichter, weil es keine Vorschriften über das Verfahren enthält.

fahren beziehen kann; denn das Prozessrecht fällt unter das öffentliche Recht und untersteht nicht der Willkür der Parteien[1].

b. Für die übrigen Kantone des deutschen Währschaftssystemes kommen wir zu den gleichen Resultaten wie für das Konkordat.

α. In den Gesetzen nämlich, welche das Verfahren besonders regelten, wie im G. von Graub. und Genf, ist dieses Verfahren nur für die im Gesetz namhaft gemachten Mängel bestimmt; *bei Zusicherungen gelten die Normen des O.-R*[2].

β. Die übrigen Kantone Uri, Glarus und Tessin kennen schon für gesetzliche Mängel kein besonderes Verfahren; *um so mehr muss für die vertraglichen Vereinbarungen das eidgenössische Recht massgebend sein*[3].

2. Das allgemeine Währschaftsrecht des O.-R. erstreckt seine Wirkungen auf alle Tiere, welche in den kantonalen

[1] Vergl. Urteil des Obergerichtes Bern vom September 1904: „Seitdem der Kanton Bern vom genannten Konkordate zurückgetreten ist, haben in seinem Gebiete die prozessualischen Vorschriften des Konkordates keine Gesetzeskraft mehr, auch in dem Falle nicht, wo zwischen den Parteien Währschaft nach den Bestimmungen des letzteren vereinbart wurde. Ein Gewährsmangel muss infolgedessen seitdem nach den Vorschriften des bernischen Prozessrechtes nachgewiesen werden“ (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XLI, S. 379). Oberrichter Schneider l. c. S. 522: „Der auf der Konvention der Paziszenten beruhende Währschaftsmangel beurteilt sich demnach keineswegs nach den Vorschriften dieses Ausnahmegesetzes, sondern nach dem gemeinen Rechte, d. h. in materieller Beziehung nach dem Vertrage, der den Bestimmungen des O.-R. unterworfen ist, in Beziehung auf das *Verfahren* den Vorschriften der kantonalen Prozessordnung.“ Regelsberger, S. 495/496: „Ein Formerfordernis können die Parteien vereinbaren, nicht eine Beweisbeschränkung.“

[2] So hat das Bundesgericht für das graubündnerische Viehwährschaftsgesetz in seinem Urteil vom 8. Dezember 1900 in Sachen Gerber c. Danuser gegen die Ansicht der Vorinstanz (Kreisgericht Trins) entschieden (Bundesg. Entsch., Bd. XXVI, S. 817). Vergl. auch Hafner, Art. 890, Anm. 2. Anderer Ansicht Bossel, S. 13, Anm.: „Et s'il n'existe pas de „lois cantonales“? Nous ne pensons pas que le C. O. puisse être appliqué en tant que droit subsidiaire, car le législateur l'eût alors exprimé comme aux art. 64 et 896.“

[3] Vergl. Haberstich, Bd. II, S. 48.

Viehwährschaftsgesetzen nicht einbezogen sind, ausser es gehe aus dem Sinn und Geiste jener Gesetze deutlich hervor, dass für jene Tiere überhaupt keine Gewähr zu leisten sei[1].

3. Lässt sich aus den kantonalen Gesetzen deutlich erkennen, dass sie die Normen über Nachwährschaft beim verkauften Vieh nur auf den Kaufvertrag angewendet wissen wollten, so gelten für den Tauschvertrag die obligationenrechtlichen Grundsätze über das Währschaftsrecht.

4. Die unabweisliche Konsequenz der Subsidiarität des O.-R. für die kantonalen Viehwährschaftsgesetze führt uns zur Anerkennung des Satzes: *Dass die Grundsätze des O.-R. überhaupt überall da zur Anwendung kommen, wo sie mit dem Sinn und Geiste der speziellen kantonalen Bestimmungen über Nachwährschaft für Viehmängel nicht in Widerspruch stehen*[2]. Dies gilt sowohl für die Rechte, welche nur kurze sonderrechtliche Bestimmungen aufstellen, als auch für jene Gesetze, welche das Viehwährschaftsrecht wenigstens in bezug auf die gesetzlichen Mängel erschöpfend zu regeln versuchten. Aus diesem Satze werden wir bei Behandlung der einzelnen Bestimmungen des Viehwährschaftsrechtes oft schwerwiegende Schlussfolgerungen ziehen.

[1] Vergl. auch privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich § 446: „Für den Handel mit anderen Tieren, auch mit anderen Haustieren, gelten die regelmässigen Bestimmungen über die Nachwährschaft.“ Gleichlautend mit dem zürcherischen Gesetzbuch ist § 1356 des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Schaffhausen (1878). Conf. Hachenburg, S. 78: „Alle anderen Tiere (als die in den Währschaftsgesetzen von Baden-Württemberg und Hohenzollern aufgezählten) unterstehen den Regeln des generellen Rechtes.“

[2] So auch Haberstich, S. 47, unten. Das Obergericht Bern in seinem Urteil vom 22. Nov. 1873 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XII, S. 266 ff.) geht aber zu weit, wenn es neben der Wandelungsklage nach Konkordat auch die Minderungsklage nach allgemeinem Währschaftsrecht zulässt, denn dies widerspricht der offenbaren Absicht des Konkordatsgesetzgebers. Prof. König greift deshalb auch in einer Schlussbemerkung zu diesem Urteil (l. c. S. 270—276) dasselbe begründeterweise an. — Die Gesetze von Schwyz § 1, Obwalden § 1, St. Gallen § 1 haben diese Subsidiarität des O.-R. ausdrücklich anerkannt. Manche kantonalen Einführungsgesetze zum O.-R. erklären das O.-R. auch für die den Kantonen vorbehaltenen Materien

§ 7.

Rechtliches Anwendungsgebiet der kantonalen Viehwährschaftsnormen.

1. Wie wir im vorigen Paragraphen unter II. 1. nachgewiesen haben, bezieht sich die Regelung des Währschafsrechtes nach den deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetzen nur auf die in den Gesetzen ausdrücklich genannten Hauptmängel; sind darüber hinaus Zusicherungen beim Kaufabschlusse gegeben worden, so kommt also das O.-R. zur Anwendung.

2. Wegen der Besonderheiten, welche mit der lebenden Ware verbunden sind und besonders infolge der historischen Entwicklung des Währschaftsrechtes sind beim Handel mit Vieh die allgemeinen Bestimmungen über Nachwährschaft beim Kauf durch weitgehende Sonderbestimmungen ersetzt worden. Die eigentümliche Natur der verhandelten Objekte wäre also der rechtspolitische Grund der verschiedentlichen Behandlung derselben, eine Erscheinung, die in den verschiedenen Rechtsinstituten öfters wiederkehrt, denken wir an das Recht der Liegenschaften und das Recht der Fahrnis. Die Grenze, auf welche sich das in Frage stehende Sonderrecht beschränken muss, ist schon durch Art. 890 den kantonalen Gesetzgebungen vorgezeichnet, wo folgende Tiergattungen aufgezählt sind: Pferde, Esel, Maulesel, Schafe, Ziegen und Schweine.

a. Viele Kantone haben von dieser ihrer Befugnis in vollem Umfange Gebrauch gemacht und die besonderen Viehwährschaftsnormen ausdrücklich auf alle dem kantonalen Gesetzesrecht vorbehaltenen Tiergattungen ausgedehnt, so Schwyz, Obwalden, Solothurn, Appenzell A.-Rh., Appenzell I.-Rh., St. Gallen, Aargau und Neuenburg. Die gleiche

subsidiär anwendbar, so Bern, Einführungsgesetz vom 31. Dezember 1882, § 15: „Für alle Verträge, welche unter das kantonale Recht fallen, gilt das Bundesgesetz über das O.-R. als ergänzendes Gesetz.“

Bedeutung kommt dem Ausdruck „Viehhandel“ oder „Handel mit Vieh“ zu. Diese Bezeichnung finden wir in den Gesetzestexten der Kantone Luzern, Freiburg und Waadt. Genf verwendet den Ausdruck „animaux domestiques“, welcher ebenfalls auf alle in Art. 890, O.-R., vorbehaltenen Tiergattungen zu beziehen ist.

b. Die übrigen kantonalen Gesetze erwähnen nicht alle in Art. 890, O.-R., aufgezählten Tiergattungen, sondern meistens nur die Tiere aus dem Pferdegeschlecht und das Rindvieh.

α) Ursachen dieser Beschränkung. — Da diese kantonalen Gesetze, mit Ausnahme von Bern, alle dem deutschrechtlichen Systeme angehören, ist es naheliegend, den Grund dieser Beschränkung in der Natur dieser Gesetze zu suchen.

In der Tat hat ein Teil dieser Gesetzgebungen, Konkordat, Wallis, Schaffhausen und Graubünden, zur gehörigen Festsetzung des Mangels ein genaues, aber kostspieliges Verfahren angeordnet. Deshalb ist aber im Interesse des Verkäufers von einer Anwendung dieser Normen auf den Kleinviehhandel Abstand genommen worden, weil der Aufwand für das Verfahren zum wirtschaftlichen Wert des Streitobjektes in keinem Verhältnis stehen würde. Aus dem gleichen Grunde wohl sah sich das Konkordat veranlasst, die Haftung des Verkäufers auf Tiere zu beschränken, welche wenigstens 6 Monate alt sind.[1] Der Ausschluss des Kleinviehs vom Viehwährschaftsrecht war nicht zu allen Zeiten und nicht allgemein mit dem deutschen Viehwährschaftssysteme verbunden. Die Gesetze der Restaurationszeit dehnten fast allgemein die Haftung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache auch auf Schafe und Schweine aus, währenddem auf Ziegen nicht Bedacht genommen wurde. Gerade aber wegen der schlechten Erfahrungen, die man mit dieser Erweiterung des Viehwährschaftsrechtes gemacht, mag es gekommen sein, dass das Konkordat von 1852 und mit dem Konkordate seine Nachahmungen diese Beschränkung vor-

[1] Konkordat § 1.

genommen haben. Auf jeden Fall lag es nicht in der Absicht des Gesetzes, den Verkäufer von der Währschaftspflicht zu entbinden.

Diese oben erwähnten Gründe genügen aber nicht zur Erklärung der Beschränkung des Viehwährschaftsrechtes in den Kantonen Uri, Glarus und Tessin, da diese Kantone ein besonderes Verfahren für Konstatierung der Mängel nicht vorgesehen haben. Die Erwägung, dass die Gesetze von Uri und Glarus aus der Periode der Statutarrechte stammen, und dass das Gesetz von Tessin mit den alten Statutarrechten mehr Verwandtschaft aufzuweisen hat, als mit den modernen Viehwährschaftsgesetzen, gibt uns den Schlüssel zur Lösung. Die meisten Statutarrechte schweigen sich nämlich über die Nachwährschaft beim Kleinvieh völlig aus. Mag auch dazumal der deutsch-rechtliche Grundsatz „Augen auf oder Beutel auf" auch für diese Tiergattungen in Kraft bestanden haben, mit dem Eindringen des römischen Rechtes ist dieses deutsch-rechtliche Währschaftsprinzip wie im allgemeinen so auch für die in den Währschaftsgesetzen nicht genannten Tiergattungen beseitigt worden. Das Fehlen der genannten Tiergattungen bei den Gesetzen von Uri, Glarus und Tessin erweist sich also als eine historische Zufälligkeit, und es liegt kein Grund vor, daraus den Schluss zu ziehen, dass diese Gesetze eine Haftung für jene Tiergattungen überhaupt ablehnen wollten.

Für die Tatsache, dass der bernische Gesetzgeber von seinem Viehwährschaftsgesetze die Tiergattungen „Schafe, Ziegen und Schweine" ausgeschlossen hat, können wir keinen wichtigen Beweggrund namhaft machen. Der Umstand, dass Bern als erster Kanton vom Konkordate zurückgetreten ist und der Zusammenhang mit dem Konkordate, welches nur die zwei Haupttiergattungen einschloss, mag die Veranlassung zu dieser Einschränkung gewesen sein.

3. Auf welche Tiergattungen bezieht sich die Beschränkung des Viehwährschaftsrechtes? — In folgenden kantonalen Viehwährschaftsgesetzen finden wir nur die Tiere aus dem *Pferdegeschlechte* und das *Rindvieh* aufgezählt: In den

Gesetzen von Zürich, Bern, Thurgau, Tessin und Wallis. Unter dem Ausdruck „Tiere aus dem Pferdegeschlecht" fasst man alle Gattungen von Pferden, Eseln und Mauleseln zusammen.

Nidwalden, Uri und Glarus sprechen in ihren Viehwährschaftsgesetzen wohl von Pferden, haben aber den Esel und Maulesel nicht Erwähnung getan. In den Statutarrechten figurieren diese letzteren Tiergattungen überhaupt nicht und in den Gesetzen der Restaurationszeit kommen sie nur bei Freiburg, Waadt, Solothurn, Schaffhausen und Tessin vor. Für die Gesetze von Uri und Glarus darf also angenommen werden, dass jene Tiergattungen absichtlich ausgeschlossen wurden, weil jene Rechte aus einer Zeit stammen, wo diese Beschränkung allgemein üblich war. Bei dem nidwaldnerischen Gesetze wird die gleiche Absicht des Gesetzgebers vorgewaltet haben, weil dasselbe die Tiergattungen des Viehwährschaftsrechtes einzeln aufgezählt hat (Pferde, Rindvieh, Schafe, Ziegen und Schweine) und ein Redaktionsversehen wohl nicht gut angenommen werden kann.[1] Es tritt also das O.-R. als subsidiäres Recht auch in diesem Falle für die Gesetze von Uri, Glarus und Nidwalden hinzu.[2]

Das Konkordat und das Gesetz von Schaffhausen kommt bezüglich des Grossviehes laut § 1 nur auf Tiere, die mehr als 6 Monate alt sind, zur Anwendung; für jüngere Tiere ist das O.-R. massgebend.

Neben dem Konkordate, welches in Baselstadt und Baselland auch für den innerkantonalen Viehhandel als Norm

[1] Die gleiche Frage ist von Hachenburg, S. 78, Anm. 10, für die alten Gesetze von Baden, Württemberg und Hohenzollern in demselben Sinne entschieden worden: „Eine analoge Ausdehnung der Bestimmung über Pferde auf Esel und Maulesel, wenn sie auch mit zum Pferdegeschlecht gehören, ist unstatthaft, weil sie für den Handel verschiedene Tiere sind und weil die Bestimmungen des W.-G. strikt ausgelegt werden müssen."

[2] Die behandelte Frage hat übrigens wenig praktische Bedeutung, weil jene Kantone zusammengenommen nach der eidgenössischen Viehzählung vom April 1896 nur 10 Esel und 6 Maulesel aufzuweisen haben.

für die Entscheidungen ihrer Viehwährschaftsstreitigkeiten betreffend die Tiere aus dem Pferdegeschlecht und das Rindvieh dient, bestehen in Baselland die Bestimmungen der alten Landesordnung von 1813, § 151 C und D bis § 157, für Schafe und Schweine in Kraft, und in Baselstadt regelt eine Verordnung vom 10. Dez. 1855 die Nachwährschaft für die gleichen Kleinviehgattungen. Schaffhausen fügt zu den Tiergattungen des Konkordates noch die Schweine hinzu (§ 2) und Graubünden, C. G. B., § 347, kennt eine besondere Nachwährschaft für finnig befundene Schlachtschweine. Nidwalden begreift in sein Viehwährschaftsgesetz mit Ausnahme der Esel und Maulesel alle in Art. 890, O.-R., aufgezählten Tiergattungen ein.

3. Wie wir oben gesehen haben, bezieht sich der Vorbehalt des Art. 890 auf den „Handel" mit Vieh, also auf den Kauf und Tausch. Die meisten kantonalen Gesetzgebungen wiederholen den Ausdruck des O.-R. und dehnen die Haftung des Veräusserers für Mängel des übergebenen Tieres auf die beiden Vertragstypen Kauf und Tausch aus. Davon gibt es jedoch Ausnahmen: Uri, Glarus und Tessin erwähnen in ihren Viehwährschaftsgesetzen nur den Kaufvertrag. Diese Beschränkung war wenigstens dem Texte nach bei den Statutarrechten die Regel. Es ist jedoch anzunehmen, dass die Praxis jener Zeit allgemein die Haftung des Verkäufers auch auf den Tauschvertrag ausgedehnt hat. Für diese ausdehnende Interpretation der in Frage stehenden Bestimmungen der Gesetze von Uri, Glarus und Tessin sprechen auch Gründe aus der Natur der Sache.

a. Es liegt beim Tausch von Vieh dasselbe wirtschaftliche Motiv zur Veräusserung des Gegenstandes vor wie beim Kauf.[1]

[1] Anderer Ansicht scheint Dernburg, P., Bd. I, S. 284, zu sein: „Einen anderen wirtschaftlichen Charakter als der Kauf d. h. Umsatz von Ware gegen Geld hat der Tausch, der Umsatz von Ware gegen Ware. Denn der Kauf hat einen streng geschäftlichen Charakter; ist es doch das wichtigste und allgemeinste Verkehrsgeschäft; der Tausch ist mehr ein gelegentliches Vorkommen und hat häufig keinen streng geschäftlichen

b. Die besonderen Eigentümlichkeiten der getauschten Ware, welche nach einem Sonderrecht riefen, bestehen in gleicher Weise auch beim Tausch, nur dass beim Tausch von Vieh gegen Vieh dieselben noch eine quantitative Steigerung erfahren.

c. Allgemein sind in den Gesetzgebungen die Grundsätze des Währschaftsrechtes im Zusammenhange mit dem Kauf behandelt worden, in ihrer Anwendung aber auch auf den Tausch ausgedehnt worden.[1]

Alle diese aufgeführten Gründe berechtigen uns anzunehmen, dass nach dem Geiste jener Gesetze eine extensive Interpretation in der schwebenden Frage am Platze ist, zumal nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine strikte Auslegung der Viehwährschaftsgesetze nicht gefordert wird.[2]

Charakter." Dies mag im allgemeinen richtig sein, aber auf den Tausch von Tieren gegen Tiere hat dies keine Geltung; denn der Tierbesitzer bevorzugt öfters den Austausch seines Tieres, weil er dadurch seinen wirtschaftlichen Betrieb keinen Störungen auszusetzen braucht, was nicht immer der Fall wäre, wenn er sein Tier verkaufte und dann um ein anderes sich umsehen müsste.

[1] Z. B. Art. 272, O.-R.; C. Nap., Art. 1707; D. B. G. B., § 515.

[2] Regelsberger, S. 153/154: „Der ausdehnenden Auslegung entzieht sich keine Art von Gesetzen, nicht die Strafgesetze, nicht die korrektorischen und restriktiven, nicht die *jura singularia* und die Privilegien. Die Bestreitung der Zulässigkeit beruht häufig auf einer Verwechslung der ausdehnenden Auslegung mit der Analogie." Windscheid, Bd. I, S. 123/124: „Von dem regelwidrigem Rechte heisst es in den Quellen, dass es nicht ausgedehnt werden dürfe." Dazu Anm. 3: „Man ist darüber einverstanden, dass der Sinn des Satzes nicht sei, dass bei dem jus singulare die ausdehnende Auslegung im engeren Sinne ausgeschlossen sei; man wird aber noch weiter gehen und auch die ausdehnende Auslegung im weiteren Sinne (Analogie) zulassen müssen." Anderer Ansicht Hachenburg, S. 78, Anm. 10.

Schlussbemerkung. Es könnte sich fragen, ob nicht die Bestimmung des schaffhauserischen Gesetzes, § 4, 1, und Tessin, C. c., Art. 761, dass bei gerichtlich angeordneten Verkäufen keine Nachwährschaft geleistet werden soll, im Zusammenhang mit dem rechtlichen Anwendungsgebiet der Viehwährschaftsnormen behandelt werden sollte, wie Hachenburg, S. 51 ff., für die Gesetze von Baden-Württemberg und Hohenzollern es getan hat. Wir glauben, dass die Behandlung der Materie aus systematischen Gründen unter dem Paragraphen über Ausschluss

§ 8.

Das räumliche Anwendungsgebiet der kantonalen Viehwährschaftsgesetze[1].

Mangels besonderer bezüglicher Bestimmungen gelten für das räumliche Anwendungsgebiet der Viehwährschaftsgesetze die allgemeinen Grundsätze des internationalen Privatrechtes betreffend die obligationenrechtlichen Verhältnisse. Die Regelung der Rechtsverhältnisse des Währschaftsrechtes fällt jenem Rechte zu, dem auch der betreffende Kaufvertrag unterliegt, da die Verpflichtungen aus Nebenverträgen sich nach dem Rechte der Hauptobligationen richten[2].

Einige Viehwährschaftsgesetze enthalten ausdrückliche Bestimmungen über ihr räumliches Anwendungsgebiet. Es ist dies beim Konkordate und bei den Gesetzen von Graubünden und Schaffhausen der Fall.

1. Der § 5 des Konkordates vom 5. August 1852 hat folgenden Wortlaut: „Für Tiere, welche vor Ablauf der Währschaftszeit in andere als die konkordierenden Kantone oder in das Ausland geführt werden, dauert die Währschaftszeit nur solange, bis dieselben die Grenzen des Konkordatsgebietes überschritten haben."

---

der Gewährleistung gehöre, da diese Gesetze nicht so sehr diese Art des Kaufes vom Viehwährschaftsrechte ausnehmen, sondern überhaupt eine Gewährleistung ausschliessen wollten.

[1] Schon bei den alten Statutarrechten kam es vor, dass im Viehwährschaftsrechte entweder überhaupt jede Rechtsprechung im interkantonalen oder internationalen Verkehr verweigert oder wenigstens auf jene Fälle beschränkt wurde, wo die fremden Rechtsgebiete, welche im einzelnen Falle in Frage kamen, Gegenrecht hielten, z. B. Luzerner Stadtrecht, Tit. 41, § 3 (Leu, Hans Jakob, Eydgenössische Stadt- und Landrechte, Bd. III, S. 473 ff.), Landbuch des Bezirkes March von 1756 (Kothing, Rechtsquellen des Kantons Schwyz, S. 137); Landsatzungen und Statuta des löblichen grauen Bundes von 1711 (Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. III, S. 283). Auch in den Gesetzen der Restaurationszeit fehlte es an diesbezüglichen Bestimmungen nicht, z. B. Viehwährschaftsgesetz von Luzern vom 22. Oktober 1807, Viehwährschaftsgesetz von Zug vom 22. Mai 1828, Viehwährschaftsgesetz von Solothurn vom 17. Dezember 1834.

[2] Siehe Regelsberger, § 44, I., 4.

Seit der Bundesverfassung von 1848 hätte man denken können, dass solche Bestimmungen, welche nicht gerade eine grosse freundeidgenössische Gesinnung bekunden, in den Gesetzestexten nicht mehr aufgenommen würden[1]. Dass trotzdem diese Regelung in dem Konkordate getroffen wurde, erklärt sich daraus, dass man dadurch die Kantone, welche nicht dem Konkordate angehörten, zum Beitritte veranlassen wollte.

2. Das C. G. B. von Graubünden hat im § 345, Abs. 5, folgende Bestimmung betreffend den interkantonalen und internationalen Viehhandel: „Die Währschaftspflicht hört auch vor Ablauf der Währschaftszeit auf, sobald das betreffende Tier die Grenzen des Kantons überschritten hat, es sei denn, dass der Kanton oder Staat, wohin dasselbe geführt wird, dem hiesigen Kantone Gegenrecht hielte, in welchem Falle die Währschaftspflicht bis zum Ablaufe der gesetzlichen Währschaftszeit fortdauert[2]."

Ähnlich bestimmt das Viehwährschaftsgesetz von Schaffhausen in einem Gesetz vom 23. Juni 1869 betreffend die Abänderung des § 8 des Gesetzes vom 29. März 1865, dass die Währschaftsbestimmungen auch bei Ausfuhr von Vieh aus dem Kantonsgebiete Geltung haben sollen, falls das betreffende Gebiet, dem der Käufer angehört, Schaffhausen gegenüber Gegenrecht halte.

Die Aufnahme dieser Bestimmungen betreffend den interkantonalen und internationalen Viehhandel ist aus der geschichtlichen Entwicklung des schweizerischen Viehwährschaftsrechtes leicht erklärlich. Als Graubünden im Jahr 1862 das geltende Zivilgesetzbuch erliess, gehörten dem Konkordate 13 Kantone resp. Halbkantone an, nämlich: Zürich, Bern, Zug, Freiburg, Solothurn, Aargau, Neuenburg, Baselstadt, Baselland, Waadt, Thurgau, St. Gallen, Schwyz. Als Schaff-

[1] Siehe Journal des tribunaux, Bd. II, S. 221: „Il semblerait, que des dispositions comme cet article 5 sont anti-fédérales et qu'elles n'auraient pas dû obtenir la sanction des autorités centrales.

[2] Den gleichen Grundsatz spricht das C. G. B. von Graubünden in § 348, Abs. 2, betreffend die Gewährleistung für unrichtige Angabe des Kälberns aus.

hausen 3 Jahre später das Viehwährschaftsrecht neu regelte, waren noch die beiden Appenzell dem Konkordate beigetreten, so dass das Konkordat 15 Kantone resp. Halbkantone umfasste. Da nun Graubünden und Schaffhausen dem Konkordate nicht beigetreten waren, konnten die 13 resp. 15 Konkordatskantone gemäss § 5 des Konkordates Graubünden und Schaffhausen gegenüber kein Gegenrecht halten, auch wenn diese letzteren den Konkordatskantonen gegenüber ihr Recht zur Anwendung gebracht hätten. Deshalb waren die Kantone Graubünden und Schaffhausen ihrerseits gezwungen, eine Bestimmung in ihr Gesetz aufzunehmen, welche diese leidlichen Folgen des § 5 des Konkordates für sie beseitigte. Es ist selbstverständlich, dass alle Kantone, die dem Konkordate nicht angehörten und die keine weiteren Bestimmungen betreffend das interkantonale und internationale Viehwährschaftsrecht getroffen hatten, den Kantonen Graubünden und Schaffhausen gegenüber Gegenrecht halten, also auch letztere den ersteren. Gegenrecht halten heisst: *die Gesetze des eigenen Rechtsgebietes in gleicher Weise auf Kantonsfremde wie auf Kantonseinwohner anwenden.* Heutzutage sind nurmehr die Kantone Zürich, Thurgau, Baselland und Baselstadt, die den anderen Kantonen gegenüber kein Gegenrecht halten, da nur diese Kantone dem Konkordate angehören. Also werden Graubünden und Schaffhausen ihrerseits allen anderen Kantonen Gegenrecht gewähren müssen, selbst wenn manche von diesen Kantonen sich dem vertraglichen Viehwährschaftssysteme angeschlossen hätten, denn sie wenden einem in Graubünden oder Schaffhausen wohnhaften Kläger gegenüber das gleiche Gesetz an, welches auch für die Kantonseinwohner massgebend ist. Dass die Gesetze von Graubünden und Schaffhausen mit ihren Bestimmungen über das Gegenrecht nur die Konkordatskantone treffen wollten und nicht die Kantone des vertraglichen Viehwährschaftssystemes, ist offensichtlich, da zur Zeit des Erlasses jener Gesetze das vertragliche Viehwährschaftssystem in der Schweiz überhaupt unbekannt war. Das erste Viehwährschaftsgesetz

des vertraglichen Systemes erliess bekanntlich Luzern am 16. September 1867, welchem Beispiele erst im Jahre 1881 andere Kantone folgten.

Wie schon in früheren Zeiten, wo nur das deutschrechtliche System herrschend war, die Anwendung der Rechtssatzungen der verschiedenen Gebiete im interkantonalen Verkehr mit verschiedenen Unzuträglichkeiten verbunden war, so steigert sich das Missverhältnis nach dem heutigen Rechtszustande, wo wir es mit drei verschiedenen Rechtssystemen zu tun haben.

Hätte deshalb ein eidgenössisches Viehwährschaftsgesetz keine weiteren nennenswerten Vorzüge, als dass es in der Schweiz in bezug auf das Viehwährschaftsrecht Einheit schüfe, so würde es doch für den Viehhandel einen grösseren Vorteil bringen, als das beste kantonale Viehwährschaftsgesetz.

II. Kapitel.

Die besonderen Voraussetzungen des Viehwährschaftsrechtes.

I. Die zum Klagegrund (im Sinne der Beweislast[1]) gehörenden Voraussetzungen des Viehwährschaftsrechtes.

A.

Voraussetzungen des römisch-rechtlichen und des vertraglichen Währschaftssystemes[2].

§ 9.

Die gesetzlichen Mängel und der für deren Vorhandensein massgebende Zeitpunkt.

I. Bestimmung der gesetzlichen Mängel.

Gesetzliche Mängel sind dem vertraglichen Währschaftssysteme selbstverständlich unbekannt, während das römisch-

[1] Conf. Schmidt, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, S. 481.

[2] Da die Voraussetzungen des vertraglichen Währschaftssystemes als eine Abänderung der obligationenrechtlichen Normen sich darstellen, so werden wir in den folgenden Ausführungen immer zuerst von den Bestimmungen des O.-R. ausgehen.

Die Voraussetzungen des römisch-rechtlichen und des vertraglichen Währschaftssystemes sind von denen des deutsch-rechtlichen Systemes wesentlich verschieden. Da nun durch die gemeinsame Behandlung die Gegensätze der Systeme und die Übersicht über jedes einzelne System getrübt worden wäre, haben wir es für besser befunden, den ersten Teil der Voraussetzungen getrennt zu behandeln.

rechtliche System ohne solche gesetzliche Mängel nicht bestehen kann. Die Grundsätze für die Bestimmung der gesetzlichen Mängel sind in Art. 243, O.-R., niedergelegt. Derselbe lautet: „Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, *dass die Sache nicht solche Mängel habe, welche ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.* Er haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat.“ Auf Grund dieser Bestimmung bleibt es im Gegensatze zum deutsch-rechtlichen Systeme dem urteilenden Richter überlassen, im konkreten Falle über die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der hervorgetretenen Mängel zu entscheiden. Gerade darin liegt aber der Hauptnachteil des römisch-rechtlichen Systemes. Wer für eine Einschränkung und Vereinfachung der Viehwährschaftsgesetze das Wort spricht, muss es bedauern, dass die römisch-rechtlichen Grundsätze bei einer grossen Zahl von Kantonen für eine oder mehrere Tiergattungen des Viehwährschaftsrechtes noch in Anwendung stehen[1].

II. Der für das Vorhandensein des Mangels massgebende Zeitpunkt.

Der rechtlich wesentliche Moment für das Vorhandensein der verborgenen Mängel fällt gewöhnlich mit dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses zusammen, *denn eine Haftung für zukünftige Ereignisse ist dem Wesen der Gewährleistung fremd*[2]. Eine Änderung in diesen Grundsätzen können die

[1] So auch Prof. Hirzel, die schweizerische Gesetzgebung betreffend Viehwährschaft. (Archiv für Tierheilkunde, Bd. XXXI, S. 113.)

[2] Vergl. Hachenburg, S. 90/91, welcher eine abweichende Regelung als eine Anomelie im Rechtssystem bezeichnet. — In dieser Grundidee liegt ein Unterschied zwischen dem Gewährsversprechen und dem bedingten Rechtsgeschäft einerseits und dem Versicherungsvertrage anderseits. Bei diesen letzteren muss der rechtlich bedeutsame Zeitpunkt in der Zukunft liegen. Vergl. für die Bedingung: Art. 171, O.-R. und Dernburg, P., Bd. I, § 107, 3.; es heisst bei letzterem wörtlich: „Auf die Vergangenheit oder die Gegenwart gestellten Bedingungen — in praeteritum et praesens collatae — sind keine wahren Bedingungen; denn sie knüpfen das Rechtsgeschäft an etwas schon Entschiedenes.“

Bestimmungen über den Übergang der Gefahr bei Veräusserungsverträgen mit sich bringen. Wenn nämlich die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung bis zur Übergabe des Tieres beim Verkäufer bleibt[1], liegt kein Grund vor, den Käufer für Währschaftsmängel die Gefahr schon vom Vertragsschlusse an tragen zu lassen. Nach dem schweizerischen O.-R. gehen Nutzen und Gefahr der Sache, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, mit dem Abschlusse des Veräusserungsvertrages auf den Erwerber über. Der Verkäufer wird also konsequenterweise im Falle der Gewährleistung für Mängel der Kaufsache nur für solche Fehler einzustehen haben, welche beim Kaufabschlusse schon vorhanden waren. Der Käufer hätte also prinzipiell im Währschaftsprozesse nicht nur das Vorhandensein des Mangels, sondern das Vorhandensein desselben zur Zeit des Kaufabschlusses zu beweisen[2]. Diesem Beweise ist nach Art. 248, Abs. 2, Genüge geleistet, wenn der Käufer nachweist, dass der Fehler zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen sei. Es kann sich aber der Verkäufer der Haftung entschlagen, wenn er darzutun vermag, dass der Fehler zur Zeit des Kaufabschlusses nicht existierte.

Eine Ausnahme von diesen eben besprochenen Grundsätzen statuiert das Viehwährschaftsgesetz von Appenzell I.-Rh. Art. 2, Abs. 3 dieses Gesetzes lautet: „Die eingegangene Währschaftspflicht des Verkäufers besteht nur für den Moment der Übergabe und es ist Sache des Klägers glaubhaft zu machen, dass der betreffende Mangel schon zur Zeit der Übergabe wirklich oder im Keime vorhanden war". Nach der Fassung dieser Bestimmung scheint das Gesetz von Appenzell I.-Rh. eine Begünstigung des Käufers beabsichtigt zu haben. Denn nun hat der Verkäufer nicht nur für solche Fehler einzustehen, welche schon beim Kaufabschlusse bestanden haben, sondern für alle Fehler, welche

[1] So das D. B. G. B., § 446 und § 459.

[2] Haberstich, Bd. II, S. 35, stellt ohne Beweis die Behauptung auf dass nach dem O.-R. dem Käufer die Beweislast benommen sei.

seit dem Vertragsabschlusse entstanden sind und im Momente der Übergabe wirklich oder im Keime vorhanden waren. Der Verkäufer trägt also die Gefahr für alle Fehler, welche zwischen Kaufabschluss und Übergabe des Tieres existent geworden sind, während sonst bei Veräusserungsverträgen nach Art. 204, O.-R., diese Gefahr dem Käufer zu Lasten fällt. Der Käufer ist durch diese Bestimmung des Gesetzes von Appenzell I.-Rh. im Verhältnis zu den übrigen Viehwährschaftsgesetzen begünstigt worden.

§ 10.

Die vertraglichen Währschaftsmängel.

I. Allgemeines.

Der grosse Teil der kantonalen Viehwährschaftsgesetze überlässt es der Privatautonomie, die Währschaftsmängel als erste Voraussetzung für die Gewährung der Währschaftsklagen zu bestimmen. Es sind dies die Gesetze des vertraglichen Viehwährschaftssystemes. Aber auch die Gesetze nach deutsch-rechtlichem Währschaftsprinzip und das Währschaftsrecht des O.-R. verwehren es den Parteien nicht, durch vertragliche Übereinkunft die gesetzlichen Bestimmungen über Gewährsmängel ihren Wünschen gemäss zu erweitern, einzuschränken oder gänzlich aufzuheben[1]. Wie wir in § 6, II., 1., gesehen haben, gelten in den Kantonen des deutsch-rechtlichen Währschaftssystemes für die Zusicherungen nicht die Grundsätze der kantonalen Viehwährschaftsgesetze, sondern die Bestimmungen des O.-R.

Wie bei den gesetzlichen Mängeln, so ist auch bei den vertraglich festgesetzten Fehlern der Kaufsache ohne gegenteiliges vertragliches Abkommen als massgebender Zeitpunkt für das Vorhandensein derselben der Moment des Kaufabschlusses anzusehen.

[1] Vide Konkordat, § 6; Graub., C. G. B., § 345; Uri, altes Landbuch, Art. 179 und 180; Tessin, C. c., 754 und 755.

II. Form des Gewährleistungsvertrages.

Nach schweizerischem O.-R. gilt wie im Allgemeinen, so auch bei der vertraglichen Garantieleistung in betreff der Mängel der Kaufsache der Grundsatz der Formfreiheit. Gegenüber dieser Regelung des O.-R. hat das Gewährversprechen bei den meisten vertraglichen Viehwährschaftsgesetzen eine besondere Behandlung erfahren.

1. In ausgedehntem Masse ist für die Gültigkeit des Gewährleistungsvertrages die *schriftliche* Form verlangt, so bei den Gesetzen von Bern, Obwalden, Nidwalden, Freiburg, Solothurn, Aargau, Waadt, Neuenburg. Es unterliegt keinem Zweifel, dass es sich hier nicht um eine Beweisvorschrift handelt, sondern dass wir es mit einer *Solennitätsform* zu tun haben, von deren Innehaltung die Entstehung des Vertrages abhängig ist. Durch diese Formvorschrift ist im Prozesse die Wahl der Beweismittel nicht beschränkt[1].

Eine andere Absicht scheint dem Gesetzgeber des Währschaftsgesetzes von Obwalden vorgeschwebt zu haben. Art. 2 jenes Gesetzes lautet: „Eine Gewährspflicht des Verkäufers besteht nur insoweit, als das Vorhandensein von Eigenschaften oder die Abwesenheit von Mängeln ausdrücklich zugesichert wurde. Die Zusicherung muss vom Käufer *schriftlich nachgewiesen* werden.

a. Welcher Art muss diese Schriftlichkeit des Gewährversprechens sein?

Die meisten Gesetze kennen nur eine einfache Schriftlichkeit. Was zum Begriffe „Schriftlichkeit" gehört, das bestimmt sich nach kantonalen Vorschriften, weil es sich um eine Interpretation des Gesetzesinhaltes handelt. In der Regel werden wir durch die kantonalen Privatrechtsbücher auf das eidgenössische Recht verwiesen[2]. Da nach Art. 12, O.-R.,

---

[1] Vergl. Regelsberger, S. 495.

[2] Z. B. *Bern,* Einführungsgesetz zum O.-R. vom 31. Dezember 1882, Art. 13, nach welchem an Stelle der Satzung 887 des C. G. B. Art. 12 und 13, O.-R., treten; *Solothurn,* Gesetz vom 26. November 1882; nach § 6 dieses Gesetzes gelten für Rechtsgeschäfte, welche unter das kantonale Recht fallen, die Grundsätze des O.-R. als ergänzendes Recht;

nur erfordert ist, dass der Vertrag die Unterschriften aller jener Personen trage, welche durch denselben verpflichtet werden, so muss für den Gewährleistungsvertrag die Unterschrift des Verkäufers als des verpflichteten Teiles genügen.

Durch die Viehwährschaftsgesetze der Kantone Waadt und Freiburg ist allerdings eine qualifizierte Schriftlichkeit vorgeschrieben.

α. Freiburg verlangt in Art. 3 des Währschaftsgesetzes eine in Doppel ausgefertigte, von beiden Parteien unterzeichnete Urkunde;

β. Waadt fordert einen von beiden Parteien unterschriebenen schriftlichen Gewährleistungsvertrag.

So sehr man die legislatorischen Gründe anerkennen mag, welche zum Erfordernis der Schriftlichkeit des Gewährversprechens geführt haben, so wenig ist die ratio legis ausfindig zu machen, welche zu dieser erschwerten Form des Gewährleistungsvertrages Veranlassung gab.[1] Diese Erwägung berechtigt uns zur restriktriven Interpretation dieser Gesetzestexte. Es wird also nach freiburgerischem Recht genügen, wenn die Unterschrift einer jeden Partei auch nur *einmal* auf eine der beiden schriftlichen Urkunden vorhanden ist;[2] es ist nicht erfordert, dass beide Urkunden beide Unterschriften tragen. Es dürfte nach dem waadtländischen Gesetz ein gültiges Gewährversprechen vorliegen, wenn die Unterschrift jeder Partei in getrennten Urkunden wenigstens einmal figuriert. Die Frage scheint in der waadtländischen Rechtsprechung noch nicht zur Abklärung gekommen zu sein. Es wird aber schwer halten, entgegen dem klaren Sinn eines Gesetzes eine restriktive Auslegung des Gesetzes aufrecht zu erhalten. Über den klaren Inhalt des Gesetzes hinaus-

ferner Dekret vom 30. Oktober 1882, das in § 5 die §§ 1030 und 1031 des C. G. B., welche von Formvorschriften sprechen, aufgehoben hat; *Schaffhausen,* Dekret vom 22. November 1882, welches den § 847 des P. G. B. durch Art. 12, O.-R., ersetzt hat.

[1] Gleicher Ansicht das Obergericht Bern in den Motiven zum Urteil vom 14. Juni 1888. (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXV, S. 68.

[2] Vergl. Schneider und Fick, Art. 12, Anm. 1.

gehen, heisst nicht das Gesetz auslegen, sondern höchstens Gewohnheitsrecht schaffen.

b. Welches ist der legislatorische Grund, welcher zur Aufstellung des Erfordernisses der Schriftlichkeit gerade beim Viehwährschaftsrecht geführt hat?

α. Der Hauptzweck liegt darin, dass dadurch der Geschäftswille der Parteien einen unzweideutigen Ausdruck erhalten soll. Wie die Währschaftsrechte mit gesetzlicher Haftung teilweise ein schriftliches Geding der Gewährfreiheit verlangen, so fordern Währschaftsrechte mit prinzipieller Gewährfreiheit Schriftlichkeit des Gewährversprechens. Betrachtet man die Schwierigkeiten, die Erkennungszeichen der Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit einer Willensäusserung der Parteien in Bezug auf ein Gewährversprechen ausfindig zu machen,[1] so wird man begreifen, welch grosser Dienst durch diese Bestimmung nicht nur den vertragschliessenden Parteien, sondern auch dem urteilenden Gericht erwiesen wird. Hat man die gesetzliche Haftung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache beseitigt, so bildet das Erfordernis der Schriftlichkeit keine Erschwerung der Gewährleistung, sondern eine Schutzmassregel für den gewährsuchenden Käufer, wogegen die Belästigung der vertragsschliessenden Parteien durch die Formvorschrift nicht mehr schwer in die Wagschale fällt, zumal das schriftliche Gewährversprechen fast allgemein auf dem Gesundheitsscheine angemerkt werden kann.

β. Der zweite Vorteil der Schriftlichkeit kommt dem Verkäufer zugute. Dadurch wird er nämlich auf den Ernst des Geschäftes aufmerksam gemacht und vor übereiltem Schaden bringenden Gewährversprechen bewahrt. Der Verkäufer entgeht der Gefahr, auf Grund von Ausdrücken, deren Tragweite ihm unbekannt waren, haften zu müssen. Dieser Grund gewinnt an Wichtigkeit, wenn man erwägt, dass der grosse Teil der Verkäufer Landwirte sind, welche gegenüber den in Handel und Wandel erfahrenen Viehhändlern im Nachteile sind.

[1] Siehe die folgenden Ausführungen unter III.

γ. Durch die schriftliche Abfassung des Vertrages wird dem Käufer ein zuverlässiges Beweismittel in die Hand gedrückt, welches ihm den oft schwierigen Beweis des Zustandekommens eines Gewährversprechens sehr erleichtert.

Mag der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes noch andere Zwecke im Auge gehabt haben, die aufgeführten Gründe genügen, um die Überlegenheit des schriftlichen Vertragssystemes vor dem einfachen Vertragssystem in überzeugender Weise darzutun.

2. Die Gesetze von Schwyz und St. Gallen verlangen zum Eintritt der Währschaftspflicht eine ausdrückliche Zusicherung des Verkäufers und fügen dann hinzu „die Zusicherung kann schriftlich oder mündlich geschehen". Dadurch wird die Wahl der Mittel zur Äusserung des Willens beschränkt, d. h. es wird für die vertragliche Vereinbarung zu deren Gültigkeit eine gewisse Form verlangt, die darin besteht, dass die Willenserklärung nur durch das schriftliche oder gesprochene Wort erfolgen kann. Dem gesprochenen Worte sind die Zeichen, welche nach Sitte und Gebrauch direkt als Zeichen des Wortes gelten (z. B. Nicken, Handschlag), gleichzuhalten. Durch diese Bestimmung des Gesetzes sind nicht etwa bestimmte Worte vorgeschrieben; es genügt jede mündliche Erklärung, welche in *unzweideutiger Weise* den Willen zur Haftung für Mängel der Kaufsache ausdrückt. Dieses ist die Bedeutung des Wortes „ausdrücklich". Ausgeschlossen sind die konkludenten Handlungen, wenn sie auch unzweideutig den rechtsgeschäftlichen Willen kundtun.[1] Durch diese strengere Behandlung der Parteiabmachungen sind wohl die Gefahren einer formlosen Willensäusserung für die vertragschliessenden Parteien in etwa abgeschwächt, nicht aber in wünschbarer Weise beseitigt, wie dies durch die schriftliche Form des Gewährversprechens geschehen ist.

[1] Es ist nicht ohne Zweifel, dass diese letztere Auslegung vom Gesetzgeber gewollt ist, obwohl sie ja dem klaren Wortlaut des Gesetzes entpricht. Jener Ausdruck: Die Zusicherung kann schriftlich oder mündlich geschehen, dürfte wohl aus dem Grunde in die Paragraphen des Gesetzes seinen Eingang gefunden haben, um dem Gegensatz zu den übrigen Gesetzen des Vertragssystemes, welche an der Schriftlichkeit des Gewährversprechens festhalten, zu markieren.

3. Inhaltlich den gleichen Sinn wie die Gesetze von Schwyz und St. Gallen haben in bezug auf die Solemnitätsform beim Abschlusse des Vertrages auf Gewährleistung die Gesetze der beiden Appenzell, obwohl das Wort ausdrücklich nicht im Gesetz zu finden ist. Aber die ganze Ausdrucksweise: „die Gewährpflicht .... besteht nur dann und nur insoweit als solche vereinbart ist", lässt auf eine strenge Behandlung des Gewährversprechens schliessen.

Ausser diesen Formvorschriften enthalten die beiden Gesetze von Appenzell A.-Rh. und Appenzell I.-Rh. noch Beweisvorschriften. Das Gesetz von Appenzell A.-Rh. lautet in § 2: „Die Vereinbarung kann schriftlich oder mündlich geschehen; in letzterem Falle muss sie durch *Zeugenschaft* bewiesen werden." Das Gesetz von Appenzell I.-Rh. schreibt vor, dass im Bestreitungsfalle die Vereinbarung *rechtsgenüglich* bewiesen werden müsse.

III. Inhalt des Gewährleistungsvertrages.

Die im vorigen nicht aufgezählten kantonalen Währschaftsgesetze haben sich zu keiner besonderen Formvorschrift für die Gewährleistung veranlasst gefühlt. Es gilt diesbezüglich der allgemeine Rechtsgrundsatz der Formfreiheit. Ist es nun schon im allgemeinen eine schwierige Aufgabe, die Kriterien der rechtlichen Gültigkeit oder Ungültigkeit der Willensäusserung in einer für alle Fälle des menschlichen Rechtsverkehrs genügenden Weise zu bestimmen, so steigern sich diese Schwierigkeiten beim Gewährleistungsvertrag. Eine zweifache Absicht nämlich kann den Verkäufer zur Erwähnung von wirtschaftlichen Eigenschaften der verkauften Objekte führen.

1. Der Verkäufer sucht durch Betonung der Vorteile seiner Ware den Käufer seinerseits zum Abschlusse des Handels zu bewegen. Solche oft überschwängliche[1] Anpreisungen der Ware sind nicht ernst zu nehmen. Hat

[1] Conf. Horaz, epist., lib. II. ep. 2. v. 10 f.: *„Plenius aequo* Laudat venales, qui volt extrudere merces".

z. B. der Käufer beim Kaufabschlusse die Ausdrücke gebraucht: „Ein tadelloses Tier!“ oder „Sie werden mit dem Tier zufrieden sein!“ so entsteht daraus für ihn keine Währschaftsverpflichtung.

2. Der Verkäufer macht dem Käufer gegenüber über das Vorhandensein von gewissen Eigenschaften oder über die Abwesenheit von Mängeln der Sache *bestimmte, ernst zu nehmende Angaben.* Für diese hat er nach Währschaftsrecht einzustehen.[1]

Wann diese letztere Willensäusserung vorliegt, ist eine oft schwierige Tatfrage, wobei namentlich zu untersuchen ist, ob der Sinn der Worte nach allgemeinem, örtlichem oder den beiden Parteien geläufigem Sprachgebrauch auf eine ernstliche Zusicherung schliessen lasse oder nicht. Gerade wegen dieser Schwierigkeiten haben sich im Viehhandel seit alten Zeiten gewisse feststehende Ausdrücke eingebürgert. Eine erschöpfende Darstellung aller in dieser Hinsicht möglichen Vereinbarungen betreffend Festsetzung von Fehlern und Eigenschaften zu geben, gehört ins Bereich der Unmöglichkeit, da hier die seltsamsten Anforderungen, Volkstümlichkeiten aller Art, ja unberechenbare Voraussetzungen Platz greifen können.[2] Wir wollen im Folgenden nur zwei der am häufigsten vorkommenden Garantien beispielsweise anführen:

a. Ein häufiges Gewährversprechen ist das der allgemeinen Garantie für alle Mängel des Tieres, welche am meisten dadurch zustande kommt, dass der Verkäufer erklärt, das Tier sei *„gesund und recht.“* Dadurch wird eine Gewährleistung für alle jene Fehler übernommen, welche den Wert oder die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.

---

[1] Nach Ädilenrecht hatte der Verkäufer nicht bloss wegen versprochener, sondern wegen aller bei der Verhandlung und ihrer Vorbereitung *angegebenen* Eigenschaften der Sache — der dicta wie der promissa — einzustehen. Dernburg, P., Bd. II, S. 277.

[2] Vergl. Dieckerhoff, S. 135—148, welcher eine ganze Reihe von Zusicherungen anführt.

Wir betonen ausdrücklich, dass auch die Tauglichkeit zum *vorausgesetzten Gebrauche* bei der Zusicherung für „gesund und recht“ eingeschlossen ist. Dies hat bei den Gesetzen des deutsch-rechtlichen und vertraglichen Währschaftssystemes seine Bedeutung, nach denen man ohne besondere Zusicherung für die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche nicht einstehen muss, z. B.: A. verkauft dem B. ein Pferd, unter der Voraussetzung, dass B. es zum Reiten gebrauchen werde. Beim Abschluss des Kaufvertrages gibt A. dem B. die Zusicherung, dass das Pferd „gesund und recht“ sei. Ist das Pferd nun zum Reiten untauglich, so ist das auch nach den Gesetzen des deutsch-rechtlichen und vertraglichen Währschaftssystemes als ein Mangel zu bezeichnen. Wäre aber das Pferd verkauft worden, ohne dass die Rede davon gewesen war, dass das Pferd zum Reiten verwendet würde, so umschliesst der Ausdruck „gesund und recht“ die Haftung für die Tauglichkeit zum Reiten wohl nicht. Auch wenn die schriftliche Form zur Gültigkeit des Währschaftsanspruches erfordert ist, wird der vorausgesetzte Gebrauch für die Bestimmung des Inhaltes des Gewährleistungsversprechens eine Rolle spielen. Es braucht nicht im schriftlichen Gewährleistungsvertrage bemerkt zu werden, dass das Tier zum Reiten gebraucht werde. Es genügt, dass diese Absicht aus der mündlichen Verhandlung oder sonst aus den Umständen klar hervorgehe. Denn es handelt sich hier nur um die Fes'setzung des *Inhaltes* der schriftlichen Zusicherung, wozu alle dazu tauglichen Mittel zugelassen werden müssen.

b. Eine oft vorkommende Gewähr ist die für Trächtigkeit eines Tieres, namentlich der Rinder. Die meisten Währschaftsgesetze erwähnen diesen Fall wegen der seiner eigentümlichen Natur entsprechenden Behandlung. Die verschiedenen Währschaftsversprechen in bezug auf Trächtigkeit sind nach den bestehenden Ortsübungen zu interpretieren. In Ermangelung einer solchen mag etwa Folgendes gelten:

α. Versichert der Verkäufer, *dass die Kuh zum Stiere geführt,* so ist nur diese Tatsache zugesichert, nicht aber Trächtigkeit.

β. Ist *Trächtigkeit* einfachhin garantiert, so steht der Verkäufer nur dafür ein, dass die Kuh im Augenblicke des Kaufabschlusses tragend gewesen sei, weil allgemein die Eigenschaften nur beim Vertragsabschlusse vorhanden sein müssen.

γ. Es kann auch Trächtigkeit zugesichert sein *mit der Angabe des Termines, an welchem das Tier kalbern werde.* Diese Zusicherung des Verkäufers beruht nicht auf Ungefähr, sondern auf die Erfahrungstatsache, dass das Rind bei normalen Verhältnissen innert 281—290 Tagen, also in 9 bis 10 Monaten nach der Bespringung, kalbern werde. Wird nun der beim Vertragsabschluss angegebene Zeitpunkt überschritten, so geschieht dies zum Nachteil des Käufers, welcher den Verkäufer auf Gewährleistung belangen kann. Allgemein wird angenommen, dass Nachteile, welche durch vis major eintreten, dem Verkäufer nicht zur Last fallen, wenn nur das Tier beim Vertragsschlusse trächtig und zu erwarten war, dass es an dem angegebenen Zeitpunkt kalbern werde, was durch Sachverständige erkannt werden kann.[1]

δ. Es kann auch Trächtigkeit garantiert sein *mit der weiteren Zusicherung, dass das Tier bis zum bestimmten Termine ein Kalb werfe.*[2] Damit ist die Zusicherung gegeben, dass bis zum besagten Termine ein lebensfähiges Kalb zur Welt komme, ob lebend oder tot, von normaler oder anormaler Beschaffenheit, gehört nicht zur Haftpflicht des Verkäufers.

Anders liegt allerdings der Fall, wenn ausdrücklich *für ein gesundes, lebendes Kalb* garantiert wurde.

Was hier von der Trächtigkeit beim Rind gesagt wurde, gilt auch entsprechend für alle anderen Tiergattungen des Viehwährschaftsrechtes.

[1] Reuter u. Sauer, S. 186; Hirsch u. Nagel, S. 469; Urteil des Obergerichtes Bern vom 25. Nov. 1880 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XVII, S. 448).

[2] Diese Zusicherung ist nicht identisch mit der Zusicherung des Kalberns an einem bestimmten Termine. Vergl. Reuter u. Sauer, S. 186.

§ 11.

Die Mängelrüge.[1]

I. Allgemeines.

Mit dem Vorhandensein eines Mangels zur maßgebenden Zeit ist die vornehmste Voraussetzung für den Eintritt des Währschaftsrechtes gegeben, ein Währschaftsanspruch ist existent geworden.[2] Diese Voraussetzung genügt aber zur gerichtlichen Geltendmachung des Währschaftsanspruches nicht. Um die Währschaftsprozesse zu vermindern und wohl auch im besonderen Interesse des Verkäufers, hat der Gesetzgeber zur gerichtlichen Verfolgung des Währschaftsanspruches noch weitere Bedingungen aufgestellt, deren Erfüllung in der Regel in der Hand des Käufers liegt.

Das allgemeinste Erfordernis zur Wahrung des Währschaftsanspruches des Käufers ist *die Anzeige des Mangels an den Verkäufer innert einer bestimmten Frist.* Diese Bestimmung gehört nicht nur zu den besonderen Voraussetzungen des Viehwährschaftsrechtes, sondern ist auch dem allgemeinen Währschaftsrechte des O.-R. bekannt.[3] Durch diese Bestimmung des Gesetzes soll dem Verkäufer die rechtzeitige Konstatierung der für den Gegenbeweis erheblichen Tatsachen ermöglicht werden, andererseits zur Vermeidung von unnötigen Prozesskosten ihm Gelegenheit gegeben werden, sich mit dem Käufer über die Währschaftspflicht zu verständigen.[4] Aus diesem Zwecke der Mängelrüge heraus ist es uns ermöglicht, die Erfordernisse einer gültigen Mängelanzeige festzustellen, da weder das O.-R. noch die kantonalen Viehwährschaftsgesetze darüber sich des Näheren ausgesprochen haben.

---

[1] Ausführlich wird die Mängelrüge behandelt bei Hanausek, Bd. II, S. 1—90.

[2] Hanausek, Bd. II, S. 3 f.

[3] Siehe Art. 246, O.-R.

[4] Hanausek, Bd. II, S. 22.

II. Begriff der Mängelrüge.

Unter Mängelrüge versteht man die Mitteilung des Vorhandenseins eines Währschaftsmangels von Seiten des Käufers an den währschaftspflichtigen Verkäufer.

1. Damit der Anzeigepflicht des Käufers Genüge geleistet sei, muss die Mängelrüge vom Käufer ausgehen und an den Verkäufer gerichtet sein, wobei Stellvertretung auf beiden Seiten zulässig sein wird.[1] Erfährt z. B. der Verkäufer zufälligerweise von einem unbeteiligten Dritten, der weder in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten noch eines negotiorum gestor handelt, von dem Vorhandensein eines Mangels, so ist der Käufer von der Anzeigepflicht noch nicht enthoben.

2. Es entsteht die Frage, ob nach O.-R. zur Perfektion der Mängelanzeige inter absentes die Kenntnisnahme der Mitteilung von Seiten des Verkäufers erforderlich ist oder ob die Absendung der Anzeige den Käufer von der Rügepflicht entlastet?[2] Aus letzterer Annahme würde sich ergeben, daß die Gefahr der gehörig abgesendeten Anzeige den Verkäufer trifft. Kommt diese also dem Verkäufer gar nicht oder zu spät zu, so präjudiziert dies dem Käufer nicht.[3]

Streng genommen schliesst der Begriff der Anzeige die Kenntnisnahme vom Inhalt der Erklärung in sich; andererseits spricht man im gewöhnlichen Sprachgebrauch bei der Mitteilung inter absentes schon dann von einer Anzeige, wenn die zur Beförderung der Anzeige benützten Mittelspersonen oder Anstalten in Tätigkeit gesetzt werden. Da nun die Verpflichtung zur Mängelrüge dem Käufer im In-

[1] Obwohl manche, z. B. Enneccerus u. Lehmann, Bd. I, § 54, II., die Mängelrüge ausdrücklich von den Rechtsgeschäften ausschliessen und sie in die Kategorie der einfachen Tatsachenanzeigen verweisen, so ist sie doch namentlich in bezug auf die Stellvertretung nach Analogie der Rechtsgeschäfte zu behandeln. Vergl. v. Hess, die Voraussetzungen der direkten Stellvertretung im Entwurfe des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss., Freiburg i. Üchtl., S. 25 und S. 76 f.

[2] Auf letzterem Standpunkte hat sich das D. B. G. B., § 485, gestellt; siehe D. H. G. B., § 349.

[3] Hanausek, Bd. II, S. 15.

teresse des Verkäufers aufgebürdet ist und andererseits den Käufer bei Unterlassung derselben empfindliche Nachteile treffen, so müssen wir nach dem Grundsatze „in dubio pro reo“ die obschwebende Frage dahin entscheiden, dass der eigentlichen Anzeige auch die gehörige Absendung der Anzeige gleichzustellen ist.[1]

3. Welches muß der Inhalt der Mängelrüge sein? Die formelle Auffassung des Rechts fordert, dass der Mangel mit seinem volkstümlichen oder wissenschaftlichen Namen genannt oder wenigstens so beschrieben werde, dass über seine Natur kein Zweifel mehr bestehen kann.[2] Diese Auslegung des Gesetzes mag bei den Mängeln der leblosen Dinge am Platze sein, bei denjenigen der Lebewesen stösst sie bei der praktischen Anwendung auf unüberbrückbare Schwierigkeiten. Wie kann z. B. vom Laien die Kenntnis der zahllosen Tierkrankheiten verlangt werden? Woher soll er erst die Fähigkeit haben, aus den ersten Krankheitssymptomen eine sichere Diagnosis auf die zu Grunde liegende Krankheit vorzunehmen? oder soll der Käufer vielleicht gezwungen sein, die kostspielige Untersuchung durch einen Sachverständigen zu erwirken?[3] Dies kann nimmermehr die Absicht des Gesetzes sein. Es muss also als genügend erachtet werden, wenn der Käufer die Mängel in der Weise bezeichnet, welche gemäss den gewöhnlichen Kenntnissen eines Laien über die Tierfehler verlangt werden kann. Es wird namentlich einen Unterschied machen, ob es sich um innere Krankheiten des Tieres handelt oder um andere Fehler. Die Kenntnis der ersteren steht ausser dem Wissensbereiche des gewöhnlichen Mannes. Es muss ge-

[1] So auch Haberstich, Bd. II, S. 42; Schneider u. Fick, Art. 258, Anm. 3; D. B. G. B., § 478, Abs. 1.

[2] Hafner, Art. 246, Anm. 5; für das D. B. G. B. siehe Dieckerhoff, S. 94 u. Hirsch und Nagel, S. 39.

[3] Um den Käufer aus dieser Verlegenheit zu helfen, macht Schneider (Cassel) in seinem Werke: Rechtsregeln des Viehhandels nach deutschem Gesetz, München 1899, S. 131, den Vorschlag, zur Wahrung seiner Rechte sämtliche möglichen Hauptmängel und die etwa vertragliche gewährleisteten Mängel anzuzeigen!

nügen, *wenn der Käufer einfach seine Wahrnehmungen in bezug auf die Krankheitserscheinungen dem Verkäufer mitteilt.* Dadurch ist dem legislatorischen Zwecke der Mängelrüge Genüge geleistet.[1]

III. Form der Mängelrüge.

Für die Mängelanzeige ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Einzig nach dem Viehwährschaftsgesetz des Kantons Appenzell A.-Rh. hat die Anzeige durch eingeschriebenen Brief oder auf amtlichem Wege zu erfolgen.

IV. Mängelrügefrist.

Nach dem O.-R., Art. 246, ist die Frist zur Vornahme der Mängelrüge nur relativ bestimmt: nach der Entdeckung des Fehlers hat die Anzeige durch den Verkäufer *sofort* zu erfolgen. Ist jedoch vom Momente der Ablieferung[2] des Tieres an den Käufer ein Zeitraum von einem Jahr verflossen, ohne dass eine Mängelrüge stattgefunden, so ist jeder Anspruch aus dem Währschaftsrechte ausgeschlossen (Art. 257, O.-R.). In dieser letzteren Bestimmung liegt die Festsetzung einer Garantiefrist.

Einige kantonalen Viehwährschaftsgesetze des vertraglichen Währschaftssystems haben eine besondere Mängelrügefrist bei der Nachwährschaft für Mängel beim Vieh statuiert. Diese beträgt nach den Gesetzen von Appenzell A.-Rh., Appenzell I.-Rh. und Neuenburg 9 Tage,[3] nach den

[1] Ebenso Hanausek, Bd. II, S. 22 f.

[2] Über den Begriff der Ablieferung vergl. Hafner, Art. 246, Anm. 3; Staudinger, § 477, 4., a; Endemann, § 161, Anm. 56; Dernburg, B. R., § 190, II., 1.; Hanausek, Bd. II, § 35.

[3] Diese Frist ist wohl zu *kurz*. Vergl. Troplong, Le droit civil expliqué, vente, échange et louage, Bruxelles 1894. Bei der Erläuterung des Art. 1698, C. Nap., welcher die Festsetzung der Verjährungsfrist für die Wandelungsklage dem Ortsgebrauche überlässt, tadelt er im I. Buche über den Kauf auf S. 277 unter Z. 586, Al. 4, die kurze Verjährungsfrist der Währschaftsklage von 9 Tagen für die Stadt Paris aus folgendem Grunde: Es hätten sich die Tierärzte über die Kürze der Frist beklagt, namentlich *für den Verkauf von Pferden durch Pferdehändler, weil diese vielfach die Mittel und Wege wissen, die Fehler und Krankheiten für eine kürzere oder längere Zeitdauer scheinbar verschwinden zu lassen.*

Gesetzen von Schwyz, St. Gallen und Obwalden 14 Tage vom Tage nach der Übergabe [1] an gerechnet. Der Übergabe ist der Annahmeverzug des Gläubigers gleichzustellen.

Durch diese besondere Anzeigefrist werden die obligationenrechtlichen Bestimmungen in zweifacher Hinsicht abgeändert.

1. Die einjährige Mängelrügefrist des O.-R. wird auf 9 resp. 14 Tage herabgesetzt. Nach Ablauf der Rügefrist ist eine Mängelrüge auch dann nicht wirksam, wenn der Fehler erst nach diesem Zeitpunkte entdeckt werden konnte.

2. Das Erfordernis der sofortigen Mängelrüge wird aufgehoben; es ist nur erforderlich, dass die Mängelanzeige innert der angesetzten Frist vorgenommen resp. an den Verkäufer abgesandt werde. Diese Regelung entspricht der eigentümlichen Natur der Tierfehler, weil es öfters einer wiederkehrenden Beobachtung bedarf, um zufällige Erscheinungen von wahren Krankheitssymptomen zu unterscheiden. Trotzdem nun das Gesetz von Appenzell I.-Rh. eine neuntägige Rügefrist kennt, so hat es doch an dem Erfordernis der sofortigen Mängelrüge festgehalten.

Aus diesen Wirkungen der Mängelrügefrist erhellt deutlich der Charakter derselben als *Garantiefrist*. Durch die Garantiefrist wird dem Rechte des Käufers, vom Verkäufer für eventuell in der Zukunft hervortretende Mängel der Ware zu belangen, ein zeitlich begrenztes Dasein beschieden. Wenn es nun auch ausser Zweifel wäre, dass der nach Ablauf der Mängelrügefrist zum Vorschein getretene Mangel schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war, so ist das Recht des Käufers trotzdem erloschen. Eine reine Mängelrügefrist wäre nur dann vorhanden, wenn der Lauf derselben vom Zeitpunkte der Entdeckung des Fehlers an beginnen würde.

Diese Mängelrügefrist gilt natürlich nicht für Zusicherungen über Trächtigkeit oder — was die Gesetze nicht

[1] Der Begriff der Übergabe bestimmt sich nach den Art. 200, 201, 202, O.-R., und ist nicht identisch mit dem Begriff „Ablieferung". Vergl. jedoch Hachenburg, S. 105—116.

erwähnen — über Nichtträchtigkeit eines Tieres. Selbstverständlich ist, dass die Mängelrügefrist dispositiver Natur ist.

Den Charakter einer Garantiefrist hat die zwanzigtägige Gewährfrist des Viehwährschaftsgesetzes des Kantons Aargau. Durch Aufstellung dieser Frist hat das Gesetz den Käufer vom Erfordernis der sofortigen Mängelrüge nicht befreit; auch ist eine Mängelanzeige, welche nach Ablauf der Gewährfrist erfolgt, soweit gültig, als sie sofort nach der noch innert der Währschaftszeit erfolgten Entdeckung des Fehlers stattgefunden. Z. B. gesetzt am 1. Januar liefe die Gewährfrist ab und würde der Fehler am 1. Januar abends entdeckt, so könnte die Mängelrüge noch am 2. Januar gültig erfolgen, da sie sofort nach Entdeckung des Fehlers stattfand. Eine Vermutung, dass der Mangel schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war, ist mit der Gewährfrist des Gesetzes von Aargau in keiner Weise verbunden. Diese Garantiefrist bezieht sich nicht auf den Fall des Gewährversprechens für Trächtigkeit eines Tieres, wofür die einjährige Garantiefrist des O.-R. zur Anwendung kommt.

V. Beweislast.

Die Beweislast der rechtzeitig vorgenommenen Mängelrüge trifft den *Käufer.*[1]

§ 12.

Die Untersuchung des Tieres.

I. Nach den Grundsätzen des O.-R. und eines grossen Teils der Gesetze des vertraglichen Viehwährschaftssystemes sind mit dem Vorhandensein eines Währschaftsmangels zur massgebenden Zeit und der rechtzeitigen Vornahme der Mängelrüge die Voraussetzungen des Währschaftsrechtes erschöpft. Der Käufer hat im Währschaftsprozesse das Vorhandensein dieser Voraussetzungen zu beweisen, wofür die in den kantonalen Zivilprozessordnungen niedergelegten Grundsätze

[1] Vergl. Dernburg, B. R., § 192, V.; Hanausek, Bd. II, S. 69 f.

über Beweis, Beweisaufnahme und richterliche Beweiswürdigung massgebend sind.

Im Interesse einer sicheren Rechtsentscheidung und um die interessierten Kreise vor unnötigen Prozesskosten [1] zu bewahren, haben einige Viehwährschaftsgesetze des vertraglichen Systemes für die Nachwährschaft beim Vieh eine zweckmässige Erweiterung der Voraussetzungen des Währschaftsrechtes vorgenommen, welche mit der eigentümlichen Natur der lebenden Ware in Zusammenhang steht. Während nämlich bei der toten Ware die erforderlichen Beweise für den Währschaftsprozess auch noch nach längerer Zeit ohne grosse Schwierigkeiten erhoben werden können, wächst diese Schwierigkeit bei der lebenden Ware in der Regel in dem Verhältnis, als sich der Zeitpunkt der Beweisaufnahme von dem Moment des Kaufabschlusses entfernt.

Diese besonderen Voraussetzungen des Viehwährschaftsrechtes sind nicht bei allen hieher gehörenden Gesetzen in gleicher Weise bestimmt.

1. Die Viehwährschaftsgesetze der Kantone Obwalden, Appenzell A.-Rh., Appenzell I.-Rh. und Neuenburg haben unter Androhung des Verlustes des Währschaftsanspruches festgesetzt, dass innert einer bestimmten Frist eine qualifizierte Untersuchung des mangelverdächtigen Tieres stattzufinden habe. [2] Die Untersuchungsfrist wird im Zusammenhang mit der Rügefrist in der Weise bestimmt, dass nach den Gesetzen von Obwalden, Appenzell A.-Rh. und Neuenburg die Frist für die Mängelanzeige um 2, nach dem Gesetze von Appenzell I.-Rh. um 3 Tage erstreckt wird. Damit der Untersuchungspflicht Genüge geleistet sei, fordern die Gesetze von Obwalden und Neuenburg, dass der Mangel innert der Untersuchungsfrist *gehörig* festgestellt werde. Dieser Ausdruck ist dem Art. 248, Abs. 2, O.-R., entlehnt;

[1] Beispielsweise können wir ein Urteil des Obergerichts Bern vom 22. Februar 1896 anführen (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXIII, S. 394 ff.), nach welchem die Kosten des Prozesses allein auf *1100 Fr.* sich beliefen.

[2] Viehwährschaftsgesetz von Obwalden, Art. 4; von Appenzell A.-Rh., Art. 5; von Appenzell I.-Rh., Art. 8; von Neuenburg, Art. 3.

es ist deshalb auch diesem Ausdruck die gleiche Bedeutung beizumessen, welche ihm im Art. 248, O.-R., zukommt. Nach dem Gesetze von Appenzell A.-Rh. hat die Untersuchung nur dann Gültigkeit, wenn sie durch einen *Tierarzt* vorgenommen wurde. Aus dem Gesetz von Appenzell I.-Rh., Art. 8, ist nicht recht ersichtlich, welche Erfordernisse es an die Untersuchung stellt.

Es ist nun Sache des Käufers, für rechtzeitige und gehörige Vornahme der Untersuchung des Tieres Sorge zu tragen. Wird die Untersuchungsfrist durch Verschulden des Amts oder der Sachverständigen versäumt, *so trifft diese Gefahr den Käufer.*

2. Um gerade diese Härte des Gesetzes zu vermeiden, haben die Viehwährschaftsgesetze der Kantone Schwyz und St. Gallen es für genügend erachtet, wenn die Untersuchung des Tieres innert der Rügefrist bei der zuständigen Amtsstelle *anbegehrt* wird. Die Untersuchung soll allerdings spätestens 3 Tage nach Ablauf der Rügefrist und durch *einen oder mehrere Sachverständige* erfolgen. Diese Bestimmung bildet jedoch nur eine gesetzliche Vorschrift an die Adresse der die Untersuchung anordnende Behörde; der Währschaftsanspruch des Käufers wird durch die nicht rechtzeitige oder ungehörige Vornahme der Untersuchung nicht verwirkt.

II. Die rechtzeitige und gehörige Vornahme der Untersuchung resp. die rechtzeitige Anbringung des Begehrens auf Untersuchung des Tieres bei der zuständigen Amtsstelle bildet eine Voraussetzung zur Wahrung des Währschaftsanspruches, *welche vom Käufer im Währschaftsprozesse zu beweisen ist.* Eine weitere besondere Bedeutung kommt der Untersuchung nicht zu. Kommt es zum Rechtsstreite, so kann der Käufer die Resultate jener Untersuchung wohl zum Beweise der erheblichen Tatsachen verwerten, aber auf die richterliche Entscheidung hat jene Untersuchung nicht mehr Einfluss, als ihr nach den Grundsätzen des Prozessrechtes zukommt. Durch die Statuierung dieser Untersuchungspflicht ist den Parteien die Wahl der Beweismittel für das Vorhandensein eines Mangels zur massgebenden

Zeit in keiner Weise beschränkt. Hingegen scheint das Gesetz von Appenzell I.-Rh. in Art. 7 den Käufer in seiner Beweisführung an eine fachmännische, amtliche Untersuchung eventuell an das Zeugnis unparteiischer Dritter zu binden. Das gleiche Gesetz gibt jeder Partei das Recht, nach im Einverständnis der Parteien abgeschlossener Untersuchung die amtliche Versteigerung des Tieres anordnen zu lassen.

III. Wie die Bestimmungen über die Mängelrüge, so sind auch die Vorschriften des Gesetzes über die Untersuchung des Tieres *materiellrechtlicher* Natur,[1] was besonders für das interkantonale Privatrecht seiner besonderen Beachtung bedarf.

B.

Voraussetzungen des deutsch-rechtlichen Viehwährschaftssystemes.

§ 13.

Die gesetzlichen Mängel.

I. Aufzählung der gesetzlichen Mängel und ihrer zugehörigen Fristen.

Das römisch-rechtliche Währschaftssystem hat bei Festsetzung der gesetzlichen Währschaftsmängel nur im allgemeinen die Norm angegeben, nach welcher der Richter zu entscheiden hat, ob im konkreten Falle ein Währschaftsfehler vorliege. Obwohl der Verkäufer das Vorhandensein eines Währschaftsfehlers anerkennen mag, so wird er sich

[1] Vergl. Urteil der zürcherischen Appellationskammer vom 16. Aug. 1905 (Blätter für zürcherische Rechtssprechnng, Bd. V, S. 16): „Die Vorschrift des St. Gallischen Gesetzes, dass der Währschaftsmangel innert einer bestimmten Frist durch amltiche Untersuchung festzustellen sei, ansonst die Haftung erlösche, enthält nicht eine prozessuale Vorschrift über die Form, in welcher der Währschaftsmangel konstatiert werden müsse, sondern bildet eine *materiellrechtliche* Voraussetzung der Währschaftspflicht des Verkäufers".

doch in den meisten Fällen der Hoffnung hingeben, dass der Mangel noch keine Nachwährschaft begründe. So wird es kommen müssen, dass fast jeder hervortretende Fehler des Tieres die Veranlassung zu einer Rechtsklage werden wird.

Es ist nun das Charakteristische des deutsch-rechtlichen Währschafts-Prinzipes, dass es die Mängel, für welche Nachwährschaft zu leisten ist, zum voraus *namentlich* aufzählt. Durch diese *Hauptmängelliste* soll Sicherheit des Verkehrs und Verminderung der Prozesse bewirkt werden. Die kantonalen Viehwährschaftsgesetze haben die Hauptmängel folgendermassen bestimmt.

1. Die Konkordatskantone und Wallis.

a) Ein langer Paragraph[1] ist im Konkordate und im Gesetze des Kantons Wallis der Festsetzung der gesetzlichen Gewährsmängel und ihrer Fristen gewidmet, welcher wörtlich lautet: „Gesetzliche Gewährsmängel sind:

A) Bei Tieren des Pferdegeschlechtes:

1. Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle (Verhärtung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbindung); Währschaftszeit 20 Tage.

2. Alle Arten von Dampf (Engbrüstigkeit); Währschaftszeit 20 Tage.

3. Verdächtige Drüse, Rotz und Hauptwurm; Währschaftszeit 20 Tage.

4. Still- oder Dumkoller; Währschaftszeit 20 Tage.

B) Beim Rindvieh:

1. Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle (Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbindung mit Inbegriff der Perlsucht oder sogenannten Finnen); Währschaftszeit 20 Tage.

2. Ansteckende Lungenseuche; Währschaftszeit 30 Tage.

Die Währschaftszeit beginnt mit dem Tage der Übergabe des Kaufgegenstandes."

[1] Konkordat, § 2.

b) Die Gewährsmängel bei Schlachtvieh sind im § 17 festgesetzt: „Wird Rindvieh[1] zum Schlachten veräussert, und dann mit einer solchen Krankheit behaftet befunden, dass der Verkauf des Fleisches ganz oder teilweise untersagt wird, so hat der Übergeber für den erweislichen Minderwert Vergütung zu leisten."

Dieser Paragraph bietet nach verschiedenen Richtungen Schwierigkeiten der Auslegung.

α. Wann ist ein Tier zum Schlachten veräussert?

Diese Frage ist nicht müssig, denn einerseits ist nach den §§ 10 und 11 dem Verkäufer unter Androhung des Verlustes des Währschaftsrechtes untersagt, von sich aus die Tötung des Tieres vorzunehmen, andererseits stehen dem Käufer eines Schlachttieres die Rechte aus § 17 des Konkordates nicht zu, wenn es nicht zum Schlachten veräussert war.[2] Sind Tiere „zum Schlachten" veräussert, so ist ein bestimmter Gebrauch vorausgesetzt,[3] nämlich die Schlachtung des Tieres und Verwendung des Fleisches als menschliches Nahrungsmittel.[4] Damit ein bestimmter Gebrauch vorausgesetzt sei, genügt es, dass der Übernehmer die Ab-

[1] Ein gewichtiger rechtspolitischer Grund, warum die Haftung für Schlachttiere nicht auch auf Tiere aus dem Pferdegeschlecht ausgedehnt worden ist, kann nicht angeführt werden.

[2] In schlimmer Lage befindet sich derjenige, welcher das Tier als Nutzvieh gekauft und es als Schlachttier veräussert. Er kann nach § 17 des Konkordates mit der Minderwertsklage belangt werden, währenddem er seinerseits gegenüber seinem Vordermann wegen Veräusserung und Vernichtung des Tieres die Wandelungsklage nicht geltend machen kann. Vergl. Hachenburg, S. 157.

[3] Mit diesem Begriff der Voraussetzung hat der von Windscheid (Windscheid, Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetsung, Düsseldorf 1850, S. 1) konstruierte Begriff der Voraussetzung als „unentwickelte Bedingung" nichts zu tun. Vergl. Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf, Greifswälder-Dissertation, Greifswald 1900, S. 23—27.

[4] Vergl. die Verordnung zum D. B. G. B., § 482, Abs. 2, betr. die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27. März 1899; § 2 dieser Verordnung lautet: „Für den Verkauf solcher Tiere, die alsbald geschlachtet werden sollen und bestimmt sind, als Nahrungsmittel für Menschen zu dienen (Schlachttiere), gelten als Hauptmängel...."

sicht hatte, von der veräusserten Ware einen bestimmten Gebrauch zu machen, wenn nur der Verkäufer um diese Absicht wusste oder unbedingt hätte wissen müssen. Diese Absicht kann mündlich kundgetan werden oder auch aus den Umständen hervorgehen. Wenn z. B. ein Metzger ein Tier kauft, so kann sich der Verkäufer nicht gegen die Klage auf Gewährleistung aus § 17 des Konkordates mit der Einrede sich verteidigen, dass er nicht gewusst habe, dass das Tier geschlachtet werden sollte. Da aber der Käufer, wie wir oben gesehen haben, mit der Schlachtung das eventuelle Risiko auf sich nimmt, der Ansprüche aus dem Währschaftsrechte verlustig zu gehen, so tut der umsichtige Käufer gut daran, seine Absicht, das Tier als Schlachttier zu erwerben, ausdrücklich zu erklären.

β. Die zweite Schwierigkeit für die Auslegung des § 17 betrifft die Gewährfrist für Schlachttiere, da eine solche im Gesetzestexte nicht erwähnt ist. Welche Frist ist massgebend? Aus der Praxis liegt uns ein Entscheid des Kantonsgerichtes Zürich vom 18. Mai 1899 vor[1], durch welches das Urteil des vorinstanzlichen Gerichtes aufgehoben wurde mit der Begründung, dass die zwanzigtägige Gewährfrist des § 2 des Konkordates auch für Schlachttiere seine Anwendung finde. Da wir diese Entscheidung für unrichtig halten, wollen wir bei dieser Frage etwas länger verweilen und die Gründe dafür und dagegen wieder einander abwägen. Mit der den deutsch-rechtlichen Gewährfristen eigentümlichen Präsumtion des Vorhandenseins des Fehlers zur massgebenden Zeit ist notwendig die Forderung verbunden, dass die Dauer der Fristen dem eigentümlichen Charakter jeder Krankheit entsprechend bemessen werde. Diese Bedeutung der Gewährfristen liegt im Geiste des Konkordates, indem die Gewährfristen nicht allgemein für alle Krankheiten gemeinsam bestimmt, sondern jedem einzelnen Gebrechen besonders beigefügt sind. Es ist deshalb nicht anzunehmen, dass für die ganze grosse Zahl der Krankheiten, welche möglicherweise die ganze oder teilweise Unverkäuflichkeit

[1] Siehe Handelsgerichtliche Entscheidungen, Bd. XVIII, S. 204 ff.

des Fleisches zur Folge hat, das Gesetz nur *eine* unabänderliche Gewährfrist festsetzen wollte. Weiter ist nicht einzusehen, warum nach dem Sinne des Gesetzes gerade die zwanzigtägige Gewährfrist für das Schlachtvieh massgebend sein sollte, da doch bei den Hauptmängeln des Rindviehes auch eine dreissigtägige Gewährfrist vorgesehen ist! Das zürcherische Kantonsgericht motiviert seinen Entscheid namentlich mit der Begründung, dass in Ermangelung einer anderen Gewährfrist die einjährige Frist des gemeinen Währschaftsrechtes des O.-R. in die Lücke treten müsse. Dadurch sei aber die Haftung des Verkäufers für den in dieser Frist hervorgetretenen Mangel öfters eine ungerechtfertigte. Dem gegenüber ist einzuwenden, dass mit der Heranziehung der obligationenrechtlichen Gewährfristen auch die Präsumtion, die mit den deutsch-rechtlichen Gewährfristen verknüpft ist, hinfällig wird, so dass von einer ungerechtfertigten Haftung des Verkäufers nicht die Rede sein kann.

γ. Eine dritte Schwierigkeit entsteht bei der Frage, inwieweit durch diesen § 17 [1] die im § 2 des Konkordates aufgezählten Viehhauptmängel als Voraussetzungen des Währschaftsrechtes noch anwendbar sind. Es unterliegt keinem Zweifel, dass bei geschlachteten Tieren die Hauptmängel keine Bedeutung mehr haben können, denn einerseits ist das einzige Rechtsmittel bei den Viehhauptmängeln, die Wandelung, wegen Vernichtung des Hauptgegenstandes unmöglich gemacht, anderseits besteht überhaupt für eine weitergehende Haftung, als sie im § 17 des Konkordats normiert ist, kein wirtschaftliches Bedürfnis des Käufers. Wesentlich anders liegt der Fall, wenn ein Tier zwar zum Schlachten veräussert war, aber gegenwärtig noch in lebendem Zustande sich befindet. Beim lebenden Tiere kann ein Anspruch aus § 17

[1] Für den Eintritt des Währschaftsrechtes nach § 17 des Konkordates ist nicht notwendig, dass das Tier geschlachtet, d. h. getötet sei in der Absicht, es zum Fleischgenusse zu verwerten. Der Schlachtung muss der zufällige Untergang gleichgehalten werden müssen, wenn nur nach den Verordnungen über Fleischbeschau die Verwendung des Fleisches im Handel untersagt wird.

nicht entstehen, weil die Unverkäuflichkeit des Fleisches wegen Mängel desselben erst nach der Schlachtung konstatiert werden kann. Aber auch die Rechtsmittel für vorhandene „Hauptmängel“ nach § 2 des Konkordats werden dem Käufer nach dem Sinne und Geiste desselben nicht zustehen. Die Bestimmungen der Hauptmängel erfolgte nach dem Gesichtspunkte, ob der Mangel die Benutzung des Tieres als Arbeitstier erheblich einschränken würde oder nicht. Da nun diese Hauptmängel für das Schlachtvieh teilweise keinen nachteiligen Einfluss ausüben,[1] muss es als ungerechtfertigt erscheinen, den Verkäufer den eventuellen Spekulationen des Käufers auszuliefern. Kann aber der Käufer durch einseitige Mitteilung an den Verkäufer, dass er das Tier fortan als Nutzvieh benützen wolle, die allgemeine Haftung wegen Hauptmängel wieder in Kraft treten lassen? Die Erwägung, dass dem Verkäufer eine nachteilige Änderung der beim Vertragsabschlusse vorausgesetzten Haftung nicht wohl zugemutet werden kann, dürfte dazu führen, die Frage zu verneinen.

c. Wie bei den Gewährfristen, so sind auch für das Schlachtvieh in bezug auf die übrigen Voraussetzungen des Währschaftsrechtes und in bezug auf die Wirkungen der Gewährleistung nicht die Bestimmungen des Konkordates in seinen übrigen Teilen massgebend[2], sondern nur die im § 17 niedergelegten Grundsätze. Fehlen solche Normen im § 17 des Konkordates, so tritt das eidgenössische O.-R. in

[1] Dies scheint bei der *Lungenseuche* des Rindviehs der Fall zu sein, welche z. B. in der deutschen Verordnung betr. die Hauptmängel und Gewährfristen vom 27. März 1899 unter den Hauptmängeln des Nutzviehes vorkommt, aber bei den Mängeln der Schlachttiere fehlt. Diese Verordnung unterscheidet genau zwischen Schlachtvieh und Nutzvieh als verschiedene Kategorien für das Währschaftsrecht. Graubünden hat ebenfalls die Lungenseuche als Hauptmangel für Schlachtvieh nicht anerkannt, C. G. B., § 347, Abs. 1.

[2] Im gleichen Sinne hat schon Dr. König im Jahre 1878 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. VIII, S. 327—330) gegenüber einem Urteil des Obergerichtes Bern vom 13. April 1877 sich ausgesprochen, ebenso Prof. Zeerleder (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXIII, S. 33).

die Lücke. Soweit aber das Konkordat Grundsätze über das rechtliche und örtliche Anwendungsgebiet der Viehwährschaftsnormen aufgestellt hat, müssen dieselben auch auf den § 17 bezogen werden, da diese Bestimmungen das Konkordat als Ganzes ergreifen[1].

2. Baselstadt. — Neben den gesetzlichen Mängeln nach dem Konkordate, kennt Baselstadt nach einer Verordnung vom 10. Dezember 1855 noch Hauptmängel der Schafe und Schweine. § 13 dieser Verordnung lautet: „Rücksichtlich der im Konkordate nicht enthaltenen Hauptmängel des Kleinviehes werden für Schweine und Schafe folgende Hauptmängel festgesetzt: Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Kopf-, Brust- und Hinterleibshöhle (Verhärtung, Verschwärung, Krebs, Tuberkelbildung, Wassererguss), nebst Finnen bei Schweinen und Drehkrankheit bei Schafen. Währschaftszeit 20 Tage".

3. Baselland. — Dieser Halbkanton, welcher ebenfalls dem Konkordate angehört, bestimmt im § 151, C und D, der alten Landesordnung von 1813 die Hauptmängel der Schafe und Schweine. § 151, C und D, lautet: „C. Bei Schweinen: Lungenfäule. In Ansehung der Schweinebeschau wird es bei der bisherigen Übung belassen, und in betreff der Finnen festgesetzt, dass wenn ein gekauftes Schwein finnig ausfallen sollte, nach bisheriger Observanz der Käufer nicht verpflichtet sein sollte, solches zu behalten. — D. Bei Schafen: Die nasse und die trockene Räude oder der sogenannte Anbruch." § 152 bestimmt die Gewährfristen: „Für alle diese

[1] Dies ist der Fall beim § 5 des Konkordates für das örtliche Anwendungsgebiet, und beim § 1 für das sachliche Anwendungsgebiet. Für das letztere gelten Tiere, die noch nicht sechs Monate alt sind, nicht als Währschaftstiere des Konkordates. Dies hat zunächst für Schlachttiere nur eine theoretische Bedeutung, weil die Ansprüche aus dem Währschaftsrechte nach Konkordat und nach O.-R. die gleichen bleiben. Einzig im interkantonalen Privatrechte erhält diese Frage einen praktischen Wert; denn infolge des § 5 des Konkordates ist die Haftung für das Schlachtvieh ausgeschlossen, wenn das Tier vor Ablauf der Währschaftszeit in andere als die konkordierenden Kantone oder in das Ausland geführt wird, während diese Beschränkung dem eidgenössischen Rechte fremd ist.

Über das Viehwährschaftsrecht bei Schlachttieren vergl. Hachenburgs ausführliche Darlegung, S. 149—162.

Gattungen von Hauptmängeln wird bei Schweinen, vom Tage des abgeschlossenen Kaufes an gerechnet, 6 Wochen und 3 Tage, für Schafe aber 15 Tage Währschaftszeit bestimmt, innert welcher Zeit das mit einer Krankheit behaftete Stück Vieh dem Verkäufer oder Vertauscher heimgeschlagen werden kann."

4. Schaffhausen. — Neben den mit dem Konkordate gleichlautenden Bestimmungen über Hauptmängel bei Tieren aus dem Pferdegeschlecht und bei Rindvieh enthält das schaffhauserische Gesetz noch Hauptmängel für Schweine. [1] § 2, C desselben lautet:

„Bei Schweinen:

1. Alle Verhärtungen und Vereiterungen der Brust- und Hinterleibseingeweide.

2. Die Finnen.

Währschaftszeit 20 Tage."

5. Graubünden. — Verwandt mit den Bestimmungen des Konkordates ist die Feststellung der Hauptmängel nach dem graubündnerischen Viehwährschaftsrechte. § 345, C. G. B., lautet: „Als Mängel .... gelten:

1. Bei Tieren aus dem Pferdegeschlechte (Pferde, Esel, Maulesel): Dampf, Rotz, Still- oder Dummkoller.

2. Bei Rindvieh: Perlsucht oder sogenannte Finnen, Lungenseuche.

Die Rückgiebigkeit ...."

Die Währschattszeit beträgt 20 Tage. § 347, C. G. B., regelt die Nachwährschaft bei Schlachtvieh. Derselbe verfügt in Abs. 1: „Wenn Rindvieh oder Schweine innert 40 Tagen nach dem Verkaufe geschlachtet und finnig befunden werden, so hat der Verkäufer den Minderwert des Fleisches zu vergüten." [2] Im Gegensatze zum Konkordate

[1] Nur Schweine über 6 Monate fallen nach § 1 unter das schaffhauserische Gesetz!

[2] Die Tragweite dieser Bestimmung erhellt aus einer Anmerkung von Planta in seinem Kommentar zum bündnerischen C. G. B., § 347, Anm. 2: „Das Konkordat lässt eine Entschädigungsforderung für Minderwert des Fleisches nur zu Gunsten von Metzgern zu, denen der Verkauf des Fleisches ganz oder teilweise polizeilich verboten wurde, in soweit

bestimmt sich der Begriff des „Schlachttieres“ nach dem Gesetze von Graubünden erst nach dem Zeitpunkte, in welchem der Tierbesitzer durch Schlachtung des Tieres die Absicht kundgibt, das Fleisch als menschliches Nahrungsmittel zu verwenden. Vor diesem Zeitpunkte gelten als Voraussetzungen des Währschaftsrechtes die Hauptmängel beim Nutzvieh.[1]

6. Uri. — Art. 179 des alten Landbuches[2] lautet: „Als Hauptmängel und Fehler bei Pferden sind folgende erklärt: Dämpfig, stättig, faul, hauptmürdig und mönig. Nach dem Art. 180 des alten Landbuches gelten als Hauptmängel beim Rindvieh die Finnigkeit oder die Fäule.

Die Gewährfrist beträgt für die Hauptmängel beider Tiergattungen ein Monat.

7. Glarus. — Das Viehwährschaftsgesetz des Kantons Glarus spricht in § 1 einleitend dem Käufer das Recht auf

---

aber ohne Unterschied, ob es durch Finnen oder durch eine andere Krankheit entwertet wurde. Bei der Fassung obiger Bestimmung liess man sich durch die doppelte Rücksicht leiten, dass einesteils eine Entschädigung für entwertetes Fleisch eben sowohl anderen Privaten als den Metzgern gehöre, andernteils aber die Währschaftspflicht im Interesse des Verkehrs möglichst einzuschränken und zwar:

a. indem einzig *Finnen* (Tuberkeln), welche teils am häufigsten vorkommen, teils in der Regel längere Zeit zu ihrer Entwicklung bedürfen, als Gewährsmangel zugelassen würden;

b. indem die Gewährspflicht bloss beim *Kauf* festgestellt wurde, weil sie bei diesem am dringensten ist und sich bei demselben die Entschädigung am sichersten bemessen lässt;

c. indem die Währschaftszeit, die freilich länger als für Hauptmängel sein darf, auf 40 Tage (nach dem ursprünglichen Entwurf auf 60 Tage) beschränkt wurde.“ — Wie der Gesetzgeber die beiden verschiedenen Gewährfristen bei Finnen für das Nutz- und für das Schlachtvieh (20 und 40 Tage) mit der den deutsch-rechtlichen Gewährfristen eigentümlichen Vermutung des Vorhandenseins des Mangels zur massgebenden Zeit in Einklang bringen konnte, ist nicht begreiflich.

[1] Hachenburg verlangt, dass der Fehler erst bei der Schlachtung hervortreten dürfe. Für einen vorher sichtbar gewordenen Fehler hafte der Verkäufer nicht, wenn das Tier auch nachher geschlachtet würde (S. 157). Dieses gilt für das Gesetz von Graubünden nicht. Es ist nur erforderlich, dass der Fehler auch beim Schlachten sich zeige.

[2] Landbuch von Uri vom Jahre 1902, Bd. III, S. 170.

Wandelung zu, falls sich an einem Stück Rindvieh bei der Schlachtung die Finnigkeit zeigen würde.

Eine eigentliche Gewährfrist ist für die Mängel bei Schlachttieren nicht festgesetzt worden. Dem Zwecke der Gewährfristen scheint die Klagefrist von „Jahr und Tag“ zu dienen.

Am Schlusse des § 1 heisst es wörtlich: „Hirnwütiges, umgehendes [1] Vieh entweder auf Jahrmärkte zu treiben oder sonst zu verkaufen, ist bei Busse von 35 Fr. auf jedes Stück verboten; auch soll der Verkäufer dasselbe zurücknehmen und die aufgelaufenen Kosten ersetzen.“

Für alle anderen Fehler beim Rindvieh scheint das glarnerische Viehwährschaftsgesetz keine gesetzliche Gewährleistung eintreten zu lassen.

Für die am Schlusse des § 1 genannten Hauptmängel beim Rindvieh ist von Gesetzes wegen weder eine Gewähr- noch eine Klagefrist aufgestellt worden.

Die Hauptmängel bei Pferden sind in § 3 aufgezählt: „Wenn Einer in unserem Lande ein Pferd für gesund und gerecht verkauft, innert 4 Wochen sich aber zeigen würde, dass solches eines der 4 Hauptgebrechen als stettig, spettig, dämpfig oder krämpfig an sich hätte, so . . . . .“

Es ist aus dieser Bestimmung nicht ersichtlich, ob die Garantie für „gesund und gerecht“ beim Kaufvertrage auch stillschweigend vorausgesetzt wird. Wäre dies der Fall, so kennt das Gesetz von Glarus auch eine gesetzliche Gewährleistung bei Pferden, andernfalls gilt bei dieser Tiergattung der Grundsatz der Gewährfreiheit. [2]

8. Tessin. — Die Art. 752 und 753, C. c., stellen die Hauptmängel, wie folgt, fest: Dem Käufer von Rindvieh steht die Wandelungsklage nur für einen oder mehrere der folgenden 5 Mängel zu: chronisches Husten (tosse), chronisches Hinken

[1] Es ist Sache der Tierärzte, sich mit dieser Mängelbenennung zurecht zu finden.

[2] Das Gesetz von Glarus bietet überhaupt für die wissenschaftliche Auslegung unüberwindliche Schwierigkeiten, welche ohne die Kenntnis der Rechtsgepflogenheiten und des Gerichtsgebrauches jenes Kantons nicht gelöst werden können.

(doglia vecchia), Blutharnen (orinare sangue), Bösartigkeit (percuotere colle corna) und Fallsucht (mal caduco).

Die gleiche Wandelungsklage steht dem Käufer von Tieren aus dem Pferdegeschlechte für folgende 5 Mängel zu: Dampf (bolso), Rotz (cimorro), Stätigkeit (restio), chronisches Hinken (doglia vecchia) und Mondblindheit (lunatico).

Gewährfristen im eigentlichen Sinne finden wir im Gesetze von Tessin nicht. Den Zweck derselben erfüllt die vierzigtägige Klagefrist des Art. 758, C. c.

9. Genf. — Obwohl das Viehwährschaftsgesetz des Kantons Genf im wesentlichen den Grundsätzen des deutschrechtlichen Systemes folgt, hat es eine besondere Hauptmängelliste nicht aufgestellt. Der Richter hat nach den Grundsätzen des Code, Art. 1641, darnach zu fragen, ob das Tier nicht einen solchen Fehler habe, welcher dasselbe zum vorausgesetzten Gebrauch untauglich mache oder jenen Gebrauch so erheblich mindere, dass der Käufer es gar nicht oder wenigstens zu einem geringeren Preis erworben hätte. [1]

Die Klagefrist ist für 6 Fälle (Periodische Augenentzündung, Fallsucht, Rotz, ansteckende Lungenseuchen, Perlsucht und Wurm) [2] auf 40 Tage, in allen übrigen Fällen auf 14 Tage festgesetzt. [3] Aus dieser Feststellung einer zweifachen Klagefrist, je nach der Natur der Mängel, ergibt sich die Bedeutung der Frist als Währschaftsfrist von selbst.

II. Bedeutung der Hauptmängel.

Aus der Aufstellung von Hauptmängeln lassen sich zwei wichtige Grundsätze ableiten.

[1] Das französische Gesetz vom 20. Mai 1838, welches dem genferischen Gesetze zum Vorbilde diente, hatte die Gewährsmängel zum vornherein namentlich bestimmt. Ob diese Änderung im Gesetze von Genf für das Viehwährschaftsrecht einen Fortschritt bedeutet, dürfte bezweifelt werden.

[2] Prof. Hirzel (Archiv für Tierheilkunde, Bd. XXXI, S. 109) legt diesen 6 Mängeln fälschlicherweise die Bedeutung von Hauptmängeln bei.

[3] Das französische Gesetz vom 20. Mai 1838 hatte eine Klagefrist von 30 respektiv 9 Tagen aufgestellt.

1. Für jeden in der Hauptmängelliste aufgezählten Fehler steht es ausser Zweifel, dass er einen *erheblichen Mangel* darstellt, während nach dem römisch-rechtlichen Systeme und so auch nach dem Gesetze von Genf der Richter im konkreten Falle jeden vorhandenen Mangel auf seine Erheblichkeit prüfen muss. [1]

2. Durch die Festsetzung von speziell genannten Gewährsmängeln *wird unabänderlich festgesetzt, dass alle übrigen Fehler, mögen sie für den Käufer noch so nachteilig sein, keine Rückgiebigkeit begründen.* [2] Dieser Fundamentalgrundsatz des deutsch-rechtlichen Systemes ist nicht ganz allgemein anerkannt. Nach einer anderen Ansicht soll nämlich durch die Benennung von Hauptmängeln in Verbindung mit ihren zugehörigen Fristen dem Käufer nur der schwierige Beweis des Vorhandenseins der Mängel zur massgebenden Zeit erspart bleiben. Neben dieser Sonderregelung für Hauptmängel bestehen die allgemeinen Währschaftsgrundsätze für alle übrigen Fehler ungehindert fort. [3]

[1] Vergl. Motive zum D. B. G. B., Bd. II, S. 252: „Liegt einer vom Gesetze vorgesehener Hauptmängel, wenn auch in noch so unbedeutendem Grade vor, so ist er doch stets als ein solcher anzusehen, welcher die Ansprüche auf Gewährleistung begründet.“ Vergl. Hachenburg, S. 75.

[2] So *Haberstich,* Bd. II, S. 44; *Planta,* Erläuterungen zum bündnerischen C. G. B., § 345, Anm. 2; *Dr. König,* Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XII, S. 274; *Stobbe-Lehmann,* Handbuch des deutschen Privatrechtes, Bd. III, § 232, 4.; *Hachenburg,* S. 75 76, welcher auf S. 76, Anm. 5, wörtlich sagt: „In gleicher Weise sprechen sich alle auf dem deutsch-rechtlichen Standpunkte stehenden Gesetze aus. Gr. Hessen a. 4; Bayern a. 1; Frankfurt a. 1; Kurhessen a. 1; Elsass-Lothringen a. 1; Sachsen-Meiningen a. 6 (neue Fassung); Sachsen-Gotha, § 2; Schweizer-Konkordat, § 1, § 2. Man sollte es kaum für möglich halten, dass in der Praxis sich Abweichungen von diesem Prinzipe finden, das im Gesetze seinen deutlichsten Ausdruck fand; und doch kommen solche vor, z. B., dass Taubheit eines Pferdes als Vertragsauflösungsgrund betrachtet wird!“ — Vergl. D. B. G. B., § 482.

[3] Siehe Schneider und Fick, Art. 890, Anm. 6, am Schluss; „Das Zivilgericht Baselstadt dagegen erklärte, nach dortigem kantonalen Rechte habe der Verkäufer eines Pferdes überhaupt mangels eines besonderen Versprechens für einen nicht im Konkordat stehenden Mangel nicht einzustehen (Revue, Bd. XI, Nr. 119b). Die Redaktion spricht sich gegen

Gegen diese Auffassung sprechen folgende hauptsächlichste Erwägungen:

a. Unbestrittenermassen stimmt diese Ansicht nicht mit den klaren Bestimmungen der deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze Deutschlands überein.[1] Es lässt sich weder aus der Entstehungsgeschichte der schweizerischen deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze noch aus dem Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen dieser Gesetze irgend welcher Anhaltspunkt finden, wonach den Hauptmängeln eine andere Bedeutung als in den übrigen Gesetzen nach deutsch-rechtlichem Prinzip beigemessen werden müsste.

b) Der oberste Zweck der Sonderregelung des Viehwährschaftsrechtes nach deutsch-rechtlichem Systeme zielt nach der Sicherung des Verkehrs und der Verminderung und Vereinfachung der Währschaftsprozesse hin. Es hiesse nun aber den Lebensnerv jener Gesetze beschneiden, wenn man neben den Hauptmängeln noch ungenannte geringere Fehler nach richterlichem Ermessen als Währschaftsmängel zulassen würde.

§ 14.

Die vertraglichen Gewährsmängel.

Wie wir oben in § 13, I. gesehen haben, beziehen sich die Bestimmungen der deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze der Schweiz nur auf die sogenannten gesetzlichen Mängel, während die vertragliche Gewährleistung den Normen des O.-R., Art. 243—259, unterstellt ist. Ausnahmen:

1. Nach dem § 3 des Gesetzes vom Kanton Glarus hat der Verkäufer eines Pferdes, welches er bei der Veräusserung als „gesund und gerecht" bezeichnete, innert einer Gewährsfrist von 4 Wochen dafür einzustehen, dass das Tier nicht eines der vier Hauptgebrechen als stettig, spettig, dämpfig

diese Auffassung aus, da das Konkordat nicht den Sinn habe, dass der Verkäufer für andere als Viehhauptmängel ausser dolus und spezieller Garantie überhaupt gar nicht zu haften habe". Huber, Bd. IV, S. 857.

[1] Siehe S. 72, Anm. 2, das Zitat aus Hachenburg.

oder krämpfig an sich hätte. Für alle übrigen Gebrechen oder Laster aber hat gar keine Nachwähr statt

Ähnlich bestimmt der Kanton Tessin im C. c., Art. 755, dass bei der allgemeinen Zusicherung der Abwesenheit von allen Mängeln nur die im Gesetze aufgezählten Fehler als Währschaftsmängel zu gelten haben.

Aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen der Währschaftsgesetze der Kantone Glarus und Tessin geht deutlich hervor, dass auf diese vertragliche Garantieleistung die Grundsätze des deutsch-rechtlichen Systemes zur Anwendung kommen.

2. Die beiden Viehwährschaftsgesetze der Kantone Glarus und Graubünden haben es für notwendig befunden, die Gewährleistung bei unrichtiger Angabe des Kälberns näher zu regeln.[1]

§ 15.

Die Gewährfristen.[2]

I. Mit den deutsch-rechtlichen Gewährfristen sind zwei Rechtsvermutungen verbunden.

1. Auch für die Viehwährschaftsgesetze des deutsch-rechtlichen Systemes liegt kein Grund vor, von dem all-

[1] Die diesbezüglichen Bestimmungen lauten:

a. Graubünden, C. G. B., § 348, Abs. 1: „Gewährleistung für unrichtige Angabe des Kälberns. – Wer ein trächtiges Stück Rindvieh mit Angabe des Zeitpunktes, auf welchen es kälbern soll, einem Anderen mittelst entgeltlichen Vertrages übergibt, hat dafür in der Weise Gewähr zu leisten, dass er, wenn der Wurf mehr als 21 Tage nach dem angegebenen Zeitpunkt erfolgt, für jeden Tag eine Entschädigung von 50 Rp. zu leisten hat, und zwar von dem beim Vertragsabschluss angegebenen Zeitpunkt des Kalberns an, bis und mit dem Tage des Wurfes." Die Entschädigung von 50 Rp. pro Tag entspricht nicht mehr den gegenwärtigen Futterpreisen.

b. Glarus, Viehwährschaftsgesetz, § 2: „Wenn einer dem Andern ein Haupt Vieh als tragend verkauft und dasselbe dann auf angegebene Zeit nicht an Nutzen geht, so soll der Verkäufer für jede Woche dem Käufer 7 Fr. bezahlen."

[2] Über die Bedeutung der Gewährfristen siehe Hachenburg, S. 87 bis 127 und Hirsch und Nagel, S. 33–35. — Die Aufzählung der Gewährfristen geschah im § 13, I.

gemeinen Grundsatze abzuweichen, dass der Verkäufer nur für solche Fehler der Ware einzustehen habe, welche schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden waren.[1] Tritt die beim Vertrage oder durch die ergänzenden Bestimmungen des Gesetzes festgesetzte Bedingung der Gewährleistung ein, so soll sie nur die Aufklärung geben über eine beim Kaufabschlusse noch nicht erkennbare aber schon bestehende Tatsache. Der oft schwierige Beweis, dass der hervorgetretene Mangel mit Sicherheit auf das latente Vorhandensein des Fehlers zur Zeit des Kaufabschlusses schliessen lasse, wird dem Käufer nicht geschenkt,[2] denn er hat die Tatsachen zu beweisen, auf welche er sein Recht stützt. Um die Prozesse zu vereinfachen, kommt das deutsch-rechtliche Viehwährschaftssystem dem Käufer mit einer Rechtsvermutung zu Hilfe. Dieser Präsumtion dienen die *Gewährfristen. Zeigt sich ein Währschaftsmangel innert der festgesetzten Frist, so gilt der Beweis als erbracht, dass der Fehler schon zur massgebenden Zeit vorhanden war.* Es ist nun die Aufgabe der Gesetzgebung, mit Unterstützung der Tierheilkunde die Dauer der Fristen so zu bestimmen, dass sie mit dieser Bedeutung der Gewährfristen in Einklang stehe.

Es ist auch nach den schweizerischen Viehwährschaftsgesetzen des deutsch-rechtlichen Systemes gemeiniglich erfordert, dass der Fehler innert der Gewährfrist zum *Vorschein* gekommen sei.[3] Die Konsequenz davon ist, dass die Präsumtion hinfällig wird, falls die stattgehabte Untersuchung ergeben würde, dass die Symptome der Krankheit sicherlich nicht innert der Gewährfrist hervorgetreten sein konnten, wenn schon im Augenblicke der Untersuchung der Mangel konstatiert wurde.[4]

[1] Vergl. Graubünden, C. G. B., § 345.

[2] Siehe oben S. 43.

[3] Konkordat, § 3; Graubünden, C. G. B., § 346, Abs. 1; Uri, Art. 179 und 180 des alten Landbuches; Glarus, Viehwährschaftsgesetz, § 3. Vergl. Hirsch und Nagel, S. 34.

[4] Dieser Fall kann beim Konkordate und nach dem Währschaftsgesetze des Kantons Genf niemals eintreten, weil die erste Untersuchung des Tieres unter Verwirkung des Währschaftsanspruches innert der

Ist nun gegen diese Rechtsvermutung der Beweis des Beklagten zulässig, dass ein innert der Gewährfrist sich zeigender Mangel zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bestanden habe?

Die Viehwährschaftsgesetze von Graubünden und Genf haben diesen Gegenbeweis dem Verkäufer ausdrücklich gestattet,[1] während die übrigen Gesetze des Gegenbeweises nicht Erwähnung tun.[2] Dieser Gegenbeweis wird also dann zulässig sein, wenn er mit dem Zwecke der Vermutungsfristen, zur Vereinfachung der Prozesse beizutragen, nicht in Widerspruch steht.

a. Die Gewährfristen schaffen insoweit eine praesumtio juris et de jure, dass die Dauer der Gewährfrist mit den Erfahrungen der Tierheilkunde über die Länge des Inkubationsstadiums einer jeden Krankheit in Einklang stehe. Keine Bedeutung als Gegenbeweis hätte also z. B. ein Gutachten eines Tierarztes, welches erklärte, dass die gesetzlichen Währschaftsfristen mit den genauen Resultaten der Veterinärwissenschaft nicht übereinstimmen oder dass im konkreten Falle eine kürzere Entwicklungszeit für die vorliegende Krankheit anzunehmen sei. Gestützt auf ein solches Gutachten einen Gegenbeweis anerkennen, hiesse mit den gesetzlichen Bestimmungen juristisches Fangspiel treiben.[3]

Währschaftszeit stattfinden muss. Für alle übrigen Währschaftsgesetze des deutsch-rechtlichen Systemes liegt dieser Tatbestand im Bereiche der Möglichkeit.

[1] Graubünden, C. G. B., § 345; Genf, Art. 5 des Viehwährschaftsgesetzes. Das Gesetz von Genf hat den Gegenbeweis in beschränktem Masse zugelassen.

[2] Wir glauben nicht, dass aus dem § 14 des Konkordates auf die Unzulässigkeit des Gegenbeweises zu schliessen sei; denn nur der Beweis des Vorhandenseins des Mangels im Zeitpunkte der Untersuchung ist durch das übereinstimmende Gutachten der untersuchenden Tierärzte oder durch das Obergutachten der Medizinalbehörde unwiderleglich erbracht. Gleicher Ansicht Dr. König, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XII, S. 274. — Gänzlich ausgeschlossen war jeder Gegenbeweis nach dem Entw. 2 zum O.-R., Art. 284 m.

[3] Vergl. Hachenburg, S. 99 f.

b. Der Gegenbeweis bleibt also nur insofern offen, als die Entstehungszeit der Krankheit infolge äusserlich hervorgetretener Krankheitsursachen genau bestimmt werden kann z. B. Entstehung der Dämpfigkeit oder des Kollers durch Überhitzung oder Überanstrengung, Ansteckung bei der Berührung mit kranken Tieren etc. Lässt sich ein Beweis solcher Art erbringen, dass die Krankheit sicherlich einem späteren Momente als dem des Kaufabschlusses entstamme, so ist die mit den Gewährfristen verbundene praesumtio juris umgestossen.[1] Dieser Gegenbeweis verliert auch dann seine Wirkung nicht, wenn der Käufer beweisen könnte, dass der Verkäufer an der Entstehung der Krankheit ein Verschulden trage. In diesem Falle können nur die Art. 110 ff., O.-R., wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages oder Art. 50 ff., O.-R., zur Anwendung kommen.

2. Die Kehrseite der im vorigen behandelten Rechtsvermutung ist eine weitere Präsumtion. Ist die Krankheit innerhalb der Gewährfrist nicht hervorgetreten, so wird angenommen, dass sie erst nach Kaufschluss ihren Anfang genommen. Gegen diese Rechtsvermutung ist jeder Gegenbeweis ausgeschlossen.

II. Der oberste Gesichtspunkt für die Sonderregelung der Nachwährschaft beim Vieh ist die Sicherung des Verkehrs und die Vereinfachung der Prozesse. Diesem Zweck haben die Gewährfristen auch dann zu dienen, wenn sie mit dieser ihrer Bedeutung als Vermutungsfrist in Widerspruch geraten. Die Präsumtion wird dann *Fiktion*. Solche Beispiele, wo offensichtlich die mit den Gewährfristen verbundene Rechtsvermutung unzutreffend ist, können wir nämlich zwei anführen.

1. Nach allen Viehwährschaftsgesetzen ist eine Änderung in der Dauer der Gewährfristen der Privatautonomie überlassen. Werden nun die Gewährfristen durch Parteivereinbarung verkürzt oder verlängert, so bleiben ohne gegenteilige Übereinkunft auch mit den vertraglichen Fristen

[1] Siehe für das D. B. G. B. Hirsch und Nagel, S. 34 f. — Vergl. Hachenburg, S. 100 f.

die Rechtsvermutungen der gesetzlichen Gewährfristen bestehen. Da aber diese Rechtsvermutungen nur bei *einer* Gewährfrist zutreffend sein können, so muss entweder die auf gesetzlicher oder auf vertraglicher Gewährfrist beruhende Präsumtion sicherlich eine Fiktion enthalten.

2. Nach dem Konkordate und der Viehwährschaftsgesetzen der Kantone Genf und Schaffhausen beginnen die Gewährfristen ihren Lauf mit der Übergabe des Kaufgegenstandes. Fällt nun der Kaufabschluss nicht mit der Übergabe zusammen, so verlängern sich die Gewährfristen um den Zeitraum, welcher zwischen Kaufabschluss und Übergabe des Tieres liegt. Es kann nun also leicht vorkommen, dass der Verkäufer für Fehler einzustehen hat, welche sicherlich nach dem Kaufabschlusse entstanden sind, weil er ja die mit den Gewärfristen verbundene Vermutung nur in beschränktem Masse umstürzen kann. [1]

III. Über den Beginn und die Berechnung der Gewährfristen finden sich in einzelnen Viehwährschaftsgesetzen besondere Bestimmungen:

Nach dem Konkordate und dem Viehwährschaftsgesetze der Kantone Genf und Schaffhausen ist der terminus aquo für die Berechnung der Gewährfristen der Zeitpunkt der Übergabe des Kaufgegenstandes, nach dem Gesetze von Graubünden derjenige des Kaufabschlusses. Glarus, Uri und Tessin haben in ihren Viehwährschaftsgesetzen den Beginn dieser Zeitläufe nicht ausdrücklich fixiert. Mit Rücksicht auf den allgemeinen Charakter der Gewährfristen des deutschrechtlichen Systemes unterliegt es keinem Zweifel, dass bei diesen letzteren Gesetzen der massgebende Moment für den Beginn des Fristenlaufes mit dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses zusammenfällt.

Für die Berechnung der Gewährfristen sind nicht ohne weiteres die Grundsätze über die prozess-rechtlichen Fristen, auch nicht die Bestimmungen über die zivil-rechtliche Verjährung in Anwendung zu bringen. Soweit keine speziellen Bestimmungen der kantonalen Gesetze über die Gewährfristen

[1] Siehe Gesetz von Bayern vom 26. März 1859, Art. 1 und Art. 2.

bestehen, sind die allgemeinen Grundsätze über Fristberechnung, dem Charakter der Gewährfristen entsprechend, anzuwenden.

1. Allgemein wird die Zeitfrist nach ganzen Tagen berechnet derart, dass ein Kalendertag von Mitternacht zu Mitternacht als eine Zeiteinheit gilt.[1] Gilt nun als erster Tag der Frist derjenige Tag, in welchem das Anfangsereignis fällt, oder erst der darauffolgende Tag? Diese letztere Berechnungsweise hat in neuerer Zeit eine so umfassende Anwendung gefunden, dass man im Zweifel also auch bei unseren Viehwährschaftsgesetzen in bezug auf die Gewährfristen, diese letztere Berechnung zu Grunde legen muss.[2]

Das Konkordat und das Gesetz von Schaffhausen scheinen dem Wortlaute nach genommen, die gegenteilige Regelung getroffen zu haben, denn sie verfügen in § 2 am Schluss: „Die Währschaftszeit beginnt *mit* dem Tage der Übergabe des Kaufgegenstandes". Aus der Praxis liegen uns zahlreiche widersprechende Entscheidungen über diese Bestimmung des Konkordates vor.[3] Unserer Ansicht nach soll durch diese Bestimmung nur allgemein festgesetzt werden, dass der Ausgangspunkt für die Berechnung der Frist nicht der Vertragsabschluss, sondern die Übergabe des Kaufgegenstandes bilden solle. Der legislatorische Grund wäre nicht

[1] Vergl. Dernburg, P., Bd. I, S. 204.

[2] Vergl. Regelsberger, S. 458 und Art. 88, Z. 1, O.-R.

[3] Z. B. für den Tag *nach* der Übergabe entschieden sich:

Obergericht Zürich in einem Urteil vom 14. Juni 1856 (Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. III, S. 38); *Kantonsgericht Bern* in einem Urteil vom 31. Juni 1879 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XV, S. 521); *tribunal civil du district de Lausanne* in einem Urteil vom 2. März 1866 (Journal des tribunaux, Bd. XIV, S. 169).

Mit dem Tage der Übergabe inklusive berechnen die Gewährfristen: *Kantonsgericht Luzern* in einem Urteil vom 16. Mai 1869 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. III, S. 124); *Obergericht Bern* in einem Urteil vom 22. September 1898 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXV, S. 287). Letzteres Urteil betrifft die Auslegung des Art. 257, O.-R., und nicht das Konkordat.

Vergl. die Ausführungen von Gwalter in der Zeitschrift für zürcherische Rechtspflege, Bd. XV, S. 202 ff.

einzusehen, warum das Konkordat von den allgemeinen Regeln über Berechnung der Gewährfristen in diesem Punkte eine Ausnahme machen wollte.

2. Gemäss dem Charakter der Gewährfristen als Vermutungsfristen ist es für deren Berechnung gewiss ohne Bedeutung, ob der Endpunkt mit einem Sonn- oder Feiertag zusammenfällt.[1]

Da die in den Viehwährschaftsgesetzen der Kantone Genf und Tessin aufgestellten Fristen als Verjährungsfristen zu gelten haben, so kommen dafür die kantonalen, resp. eidgenössischen Vorschriften über die Klagverjährung zur Anwendung.

§ 16.

Mängelrüge und Rückbietung.

I. Mängelrüge.

1. Gleich den Viehwährschaftsgesetzen des römisch-rechtlichen und vertraglichen Systemes kennen auch einige Währschaftsrechte nach deutsch-rechtlichem Prinzip, nämlich das *Konkordat* und die Viehwährschaftsgesetze der Kantone *Schaffhausen* und *Graubünden*[2] als Voraussetzung zur Wahrung des Währschaftsanspruches des Käufers das Erfordernis der rechtzeitigen Vornahme der Mängelrüge. Über die Erfordernisse einer gültigen Mängelanzeige gelten auch hier die im § 11 niedergelegten Grundsätze. Als besondere Eigentümlichkeit in der Behandlung der Mängelrüge enthält das Konkordat die Bestimmung, dass der Käufer den Mangel durch einen Gemeindebeamten dem Verkäufer zu weisen habe. Eine wichtige Veranlassung zur Aufstellung dieser lästigen Formvorschrift lag sicherlich nicht vor. Das Gesetz von Graubünden, welches in den Grundzügen den Bestimmungen des

[1] Siehe Hachenburg, S. 103; Hirsch und Nagel, S. 33.

[2] Konkordat, § 7; Viehwährschaftsgesetz des Kantons Schaffhausen, § 10; Graubünden, C. G. B., S. 346.

Konkordates folgt, hat deshalb auch die Innehaltung einer besonderen Form bei Vornahme der Mängelrüge nur fakultativ vorgesehen.

Während das Viehwährschaftsgesetz von Graubünden einer Mängelrüge, welche nicht innert der Gewährfrist stattgefunden hat, ausdrücklich jede rechtliche Wirkung versagt, geht aus dem § 7 des Konkordates und aus dem § 10 des Viehwährschaftsgesetzes von Schaffhausen nicht recht hervor, nach welchem Zeitpunkt eine Mängelrüge als verspätet anzusehen ist. Da aber die erste Untersuchung des Tieres, vor deren Anbegehrung die Mängelrüge gemäss dem § 8 des Konkordates und gemäss dem § 11 des Viehwährschaftsgesetzes von Schaffhausen sicherlich schon stattgefunden haben muss, innert der Währschaftszeit vorzunehmen ist, so dürfte eine nach Ablauf der Gewährfrist stattgehabte Mängelanzeige rechtlich als nicht geschehen zu betrachten sein.

2. In Übereinstimmung mit den meisten Gesetzen aus der Zeit der Statutarrechte enthalten auch die Viehwährschaftsgesetze von *Uri* und *Glarus* keine Bestimmungen über die Mängelrüge. Nach den im § 6 der vorliegenden Arbeit dargelegten Grundsätzen über die Subsidiarität des eidgenössischen O.-R., müssen wir uns hier fragen, ob mit dem Sinn und Geist jener Gesetze eine subsidiäre Anwendung der obligationen-rechtlichen Bestimmungen über die Mängelrüge nicht in Widerspruch stehe?

a. Der Charakter des deutsch-rechtlichen Viehwährschaftssystemes erleidet dadurch keine Einbusse, wenn in den Währschaftsgesetzen das Erfordernis der Mängelrüge als Voraussetzung des Währschaftsrechtes sich findet. Dies bezeugt die Tatsache, dass die verschiedenen Viehwährschaftsgesetze dieses Systemes ohne Unterschied des Zeitalters und der Landgebiete wechselweise bald dem Käufer die Pflicht auferlegen, dem Verkäufer von dem Vorhandensein eines Mangels rechtzeitig Mitteilung zu machen, bald ihn von dieser unangenehmen Verpflichtung entheben.[1]

[1] Selbst in den alten Statutarrechten war die Mängelrüge nicht völlig unbekannt. Siehe z. B. den alten stadtzürcherischen Gerichtssatz

b. Es ist aber aus dem Zusammenhange der Bestimmungen der Gesetze von Uri und Glarus zu entnehmen, dass die subsidiäre Anwendung der allgemeinen Währschaftsnormen des O.-R. betreffend die Mängelrüge nicht nur dem Sinne und Geiste dieser Gesetze nicht widerspricht, sondern aus praktischen Rücksichten geradezu gefordert wird. Denn nach den Gesetzen von Uri und Glarus sind mit dem Vorhandensein eines Währschaftsmangels zur Zeit des Kaufabschlusses die Voraussetzungen des Währschaftsrechtes erschöpft. Diese Gesetze haben den Bestand des Währschaftsanspruches nicht an die rechtzeitige Vornahme einer Untersuchung des Tieres oder an die Anstellung der Währschaftsklage innert einer kurzen Verjährungsfrist geknüpft. Unter diesen Umständen wird gerade im Viehwährschaftsrechte die Mängelrüge ihren Zweck[1] in idealster Weise erfüllen.[2]

Es ist also die anfangs gestellte Frage, ob die subsidiäre Anwendung der Bestimmungen des O.-R. in bezug auf die Mängelrüge mit dem Sinne und Geiste fraglicher Viehwährschaftsgesetze zu vereinbaren sei, in entschiedener Weise zu bejahen. Vorbehältlich allfällig bestehender Gewohnheitsrechte ist der Käufer gemäss Art. 246, O.-R., verpflichtet, dem Verkäufer vom Vorhandensein des Währschaftsfehlers sofort nach dessen unzweideutigem[3] Hervortreten Mitteilung zu machen, widrigenfalls der Kaufgegenstand rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.

3. Die gleiche Frage, wie wir sie bei den Viehwährschaftsgesetzen von Uri und Glarus gestellt haben, bleibt uns auch bei den Gesetzen von *Genf* und *Tessin* zu beantworten.

von 1715, Part. VII, § 22 (Leu, Hans Jakob, Eydgenössische Stadt- und Landrechte, Bd. III, S. 473 f).

[1] Siehe § 11, S. 53.

[2] Das D. B. G. B. hat das Erfordernis der Mängelrüge, welches es für das allgemeine Währschaftsrecht nicht kennt, gerade im Viehwährschaftsrechte eingeführt.

[3] Es muss dem Käufer eine entsprechende Zeit zur Prüfung der Krankheitserscheinungen eingeräumt werden, ansonst die Bestimmungen über Mängelrüge im Prozesse zu häufigen *schikanösen* Einreden von seiten des Beklagten Anlass geben würden.

Bei diesen letzteren Gesetzen liegt das gleiche Bedürfnis für die Statuierung einer Rügepflicht nicht vor, da der Käufer unter Androhung des Verlustes des Währschaftsrechtes gehalten ist, innert einer kurz bemessenen Verjährungsfrist die Währschaftsklage anzustrengen. Durch die Verfolgung des Währschaftsanspruches im Prozess sind die Parteien in noch viel wirksamerer Weise vor den Nachteilen einer Beweisaufnahme geschützt, welche erst lange nach Existentwerden eines Währschaftsanspruches erfolgen sollte. Da nun auch die andern, älteren und neueren Viehwährschaftsgesetze, welche eine kurze Frist für die Anstellung der Währschaftsklage aufgestellt haben, eine Mängelrüge regelmässig nicht fordern,[1] so wird das Gleiche auch für die Gesetze von Tessin und Genf anzunehmen sein.

II. Rückbietung.

Das Konkordat und die Viehwährschaftsgesetze von Graubünden und Schaffhausen verlangen vom Käufer, dass er neben der Anzeige des Mangels noch das Tier dem Verkäufer formell *zurückbiete*. Dass diese Rückbietung an den Verkäufer keinem wirklichen praktischen Bedürfnisse entspricht, bezeugen uns die Bemühungen der Praxis, dieses Erfordernis der Rückbietung nach Möglichkeit einzuschränken.[2] Keine Mängelrüge, wohl aber die Rückbietung des Tieres ist für das Kleinvieh im Halbkanton Baselland gemäss § 153 der Landesordnung zur Wahrung der Währschaftsansprüche erforderlich.

[1] So z. B. das französische Gesetz vom 20. Mai 1838; das Gesetz von Bayern vom 26. März 1859; das Gesetz von Baden vom 23. April 1859; das Gesetz von Württemberg vom 26. Dezember 1861. — Das D. B. G. B. hat in § 485 von dem Erfordernis der Mängelanzeige Abstand genommen, wenn die Klage innert der Mängelrügefrist erhoben wird.

[2] Vergl. Urteil des Obergerichts Bern vom 11. Oktober 1866 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. III, S. 180); Urteil des Obergerichts Luzern vom 1. Februar 1867 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. III, S. 395); Obergericht Bern, Urteil vom 4. Dezember 1873 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. IX, S. 349 f.); Urteil des Obergerichts Bern vom 9. Mai 1879 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XVI, S. 61 f.).

§ 17.

Das Verfahren.

I. Gleich den neueren Gesetzen des vertraglichen Währschaftssystemes, haben auch einige deutsch-rechtliche Viehwährschaftsgesetze für eine frühzeitige Sicherung des Beweises des Vorhandenseins des Mangels zur massgebenden Zeit Sorge getragen. Während nun die Untersuchung des Tieres bei der ersteren Gruppe von Gesetzen selber als eine *materiell-rechtliche Voraussetzung* sich darstellt, bilden die Bestimmungen der deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze *zivilprozess-rechtliche Vorschriften über den Beweis* der Voraussetzungen des Währschaftsrechtes.[1] Folgerichtig gehören diese Normen nicht in das Zivilrecht, sondern in das Zivilprozessrecht, wie diese Trennung auch nach dem D. B. G. B. stattgefunden hat.[2] Aus praktischen Gründen aber wird diese besondere Art des zivilprozess-rechtlichen Verfahrens in den Viehwährschaftsrechten im Zusammenhang mit den bezüglichen zivil-rechtlichen Bestimmungen behandelt.

Während sonst allgemein die Beweistätigkeit eine Phase des Rechtsstreites bildet, wird sie bei der Feststellung der Währschaftsmängel im Viehwährschaftsrechte zum alleinigen Inhalt eines besonderen Verfahrens. Dadurch haben wir es mit einem Verfahren zu tun, welches dem vielen kantonalen Zivilprozessordnungen bekannten Institut der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis ähnlich ist. Die genauen Bestimmungen über den Vorgang bei der Beweisaufnahme und über Würdigung des Befundes der Sachverständigen

[1] Deshalb wurden auch z. B. in Deutschland durch das Inkrafttreten der deutschen Reichszivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 die diesbezüglichen Vorschriften der Währschaftsgesetze von Baden, Württemberg, Hohenzollern, Elsass - Lothringen, Sachsen - Meiningen, Sachsen-Gotha, des Grossherzogtums Hessen, der ehemaligen Freistadt Frankfurt a. M., des ehemaligen Kurfürstentums Hessen aufgehoben.

[2] Das D. B. G. B. enthält keine Vorschriften über die Feststellung des Währschaftsmangels. Diese finden sich in der D. R. Z. P. O., § 488. Vergl. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, § 86, 2. und 3.; Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, § 53, 2., a.

sind in Wirklichkeit nichts anderes als prozess-rechtliche Vorschriften über Prozessleitung, über die Wahl der Beweismittel und über die richterliche Beweiswürdigung.

II. Ebenso wie die Mängelrüge, so gehört auch ein bestimmtes Verfahren bei Feststellung des Währschaftsmangels nicht zu den Eigentümlichkeiten des deutsch-rechtlichen Systems. So enthielten die Gesetzestexte der Statutarrechte nur spärliche Bestimmungen über den Vorgang der Beweisaufnahme bei Viehwährschaftsstreitigkeiten. Deshalb fehlen auch in den Gesetzen von Uri und Glarus diesbezügliche Normen gänzlich, während das Gesetz von Tessin in dem Art. 759, C. c., nur die Bestimmung enthält, dass nach Anhebung der Klage das Tier an einen vom Richter näher zu bestimmenden Ort gebracht werden müsse, falls sich die Parteien darüber nicht einigen konnten. Um so reichhaltiger an zivilprozess-rechtlichen Bestimmungen über das Verfahren in Viehwährschaftssachen waren die modernen Viehwährschaftsgesetze der Restaurationszeit, bei welchen der Mangel eines bewährten Währschaftsgesetzes als Vorbild in den mannigfachen und oft langatmigen Bestimmungen über das Verfahren genugsam wiederspiegelt. Dieser Zeit entstammt das Viehwährschaftsgesetz des Halbkantons Baselland, welches in den §§ 154 bis 156 der alten Landesordnung eine ausführliche Regelung des Verfahrens enthält. Diese Bestimmungen stehen für das Kleinvieh noch heute in Kraft. Aus dieser Entwicklungsphase des schweizerischen Viehwährschaftsrechtes datiert auch das Konkordat vom 5. August 1852, welches die §§ 8 bis 14 dem Verfahren widmet. Das Viehwährschaftsgesetz von Genf folgt in bezug auf das Verfahren gänzlich dem französischen Gesetz vom 30. Mai 1838.

Über das Verfahren gelten im einzelnen folgende hauptsächlichsten[1] Grundsätze:

1. Nach dem Konkordate und nach dem Gesetze von Schaffhausen muss die erste Untersuchung beim Nutzvieh

[1] Die hier nicht angeführten Bestimmungen über das Verfahren haben keinen juristisch bedeutsamen Inhalt und sind deshalb nicht erwähnt.

jedenfalls innert der Währschaftszeit[1], nach dem Gesetze von Graubünden innert 25 Tagen nach Abschluss des Kaufes stattgefunden haben. Das Gesetz von Genf legt dem Käufer die Verpflichtung auf, innert der Klagefrist die amtliche Ernennung von Sachverständigen zu veranlassen.

2. Der Beweis vom Vorhandensein des Mangels kann nur durch *Sachverständige* erbracht werden, nach dem Konkordate sogar nur durch *zwei patentierte Tierärzte.*

3. Sind die gesetzlichen Vorschriften über die Vornahme der Untersuchung alle erfüllt, so ist das *Gutachten*[2] *der Sachverständigen für das richterliche Urteil massgebend.* Dieses hat das Konkordat im § 14 ausdrücklich bestimmt; bei den andern Gesetzen ist dies stillschweigend anzunehmen. Durch dieses Gutachten ist aber nur unabänderlich festgesetzt, ob und welche Mängel vorhanden sind. Der Gegenbeweis im Sinne unserer Ausführungen im § 15 wird damit nicht berührt.

II. Die besonderen Einreden des Verkäufers im Viehwährschaftsrechte.

§ 18.

Kenntnis des Käufers vom Vorhandensein des Mangels.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hat der Käufer im Prozesse den Klagegrund zu beweisen. Dazu gehören nicht alle Tatsachen, welche in ihrer Gesamtheit das dem Klageanspruch zu Grunde liegende Rechtsverhältnis begründen,

[1] Nach dem Wortlaut des § 5, Z. 2, des Gesetzes von Schaffhausen genügt es jedoch in dringenden Fällen, wenn der Käufer innert der Gewährfrist beim Gemeindepräsidenten die Besichtigung des Tieres beantragt. Diese Bestimmung des § 5, Z. 2, welche den alten Gesetzen von Württemberg und Hohenzollern, Art. 6, entnommen ist, stimmt offenbar mit dem § 15 nicht recht überein.

[2] Das Gutachten der Sachverständigen muss nicht nur die Schlüsse, sondern auch die Prämissen enthalten, welche zum Schlusse geführt

sondern nur diejenigen, bei deren Vorhandensein das Rechtsverhältnis nach dem regelmäßigen Gange der Dinge entstanden ist.[1] Für das Viehwährschaftsrecht haben wir in den vorhergehenden Ausführungen die Voraussetzungen des Währschaftsrechtes dargelegt, welche der Käufer beweisen muß, damit sein Klageanspruch als gerechtfertigt erscheint. Der Verkäufer kann nun gegenüber diesem Klagegrund eine doppelte Verteidigung eintreten lassen.

1. Er leugnet die Wahrheit der zum Klagegrund gehörenden Tatsachen.

2. Er kann auch Tatsachen vorbringen, die ihn vor Verurteilung schützen, obwohl er dadurch nicht die Klagetatsachen leugnet. Es sind dies die sogenannten *„Einreden"*. Zwei solche Einreden des Verkäufers sind dem Währschaftsrechte eigentümlich:

a) Der Verkäufer verteidigt sich durch den Beweis, dass der Verkäufer den Mangel beim Vertragsabschlusse kannte, resp. bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte kennen sollen.

b) Der Verkäufer haftet weiter nicht, wenn er eine Vereinbarung der Gewährfreiheit nachweisen kann.

In diesem Paragraphen behandeln wir die Folgen der Kenntnis des Käufers vom Vorhandensein des Mangels zur Zeit des Vertragsschlusses.

1. Art. 245, O.-R., lautet: „Der Verkäufer haftet nicht für Mängel, welche der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat. Für Mängel, welche der Käufer bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit kennen musste, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat." Von den kantonalen Viehwährschaftsgesetzen sprechen nur die Gesetze von Schaffhausen und Appenzell I. Rh. ausdrücklich von einer solchen Einrede des Verkäufers. Es unterliegt nun keinem Zweifel, dass diese Be-

haben. Vergl. Gutachten von Dr. Munzinger und Pütz (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. VIII, S. 328); weiter Dr. König (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. IX, S. 351) im Anschluss an ein Urteil des Obergerichts Bern vom 9. Dezember 1873.

[1] Regelsberger, S. 683.

stimmung des O.-R. als Ergänzung der Viehwährschaftsgesetze des vertraglichen Systemes ihre Anwendung findet, ob sie aber mit dem Charakter der Viehwährschaftsgesetze nach deutsch-rechtlichem Prinzip zu vereinbaren ist, können wir nicht ohne weiteres entscheiden.

Es ist allgemeiner Währschaftsgrundsatz, dass nur für verborgene Mängel Nachwährschaft zu leisten ist. Zwischen dem römisch-rechtlichen und deutsch-rechtlichen Viehwährschaftssysteme besteht nun in der Art der Bestimmung der Eigenschaft eines Mangels, ob verborgen oder offenbar, der tiefgreifende Unterschied, dass nach ersterem Systeme erst im konkreten Währschaftsstreit zu entscheiden ist, ob der Käufer den Mangel beim Vertragsabschlusse kannte, währenddem nach dem deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsprinzip schon bei der Festsetzung des Hauptmangels darnach gefragt wird, ob der Mangel seiner Natur nach verborgen, d. h. überhaupt nicht oder doch nicht bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit in die Augen fallen und erkannt werden könne. Es könnte sich fragen, ob nach den deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetzen im Interesse der Vereinfachung der Prozesse dem Verkäufer der Einwand verwehrt wird, dass der Käufer die Mängel im speziellen Fall gekannt hat. Da wir aber aus der Geschichte des Viehwährschaftsrechtes in Deutschland ersehen können, dass die Viehwährschaftsgesetze nach deutsch-rechtlichem Prinzip in ihrer grossen Zahl diese Einrede des Verkäufers zulassen,[1] haben wir auch keinen Grund anzunehmen, dass sie dem Geiste der deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze der Schweiz widersprechen. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus der juristischen Konstruktion dieser Einrede als ein Verzicht des Käufers auf sein Währschaftsrecht.[2]

Es steht daher der subsidiären Anwendung des Art. 245, O.-R., nichts im Wege.

2. Nach dem Art. 245, O.-R., haben wir zwischen den zugesicherten Eigenschaften und den gesetzlichen Mängeln

[1] Siehe Hachenburg, S. 176.
[2] Siehe unten S. 90, Z. 4.

zu unterscheiden; für beide ist die Einrede aus der Kenntnis der Fehler eine verschiedene.

a. Bei der vertraglichen Vereinbarung der Gewährleistung kann der Verkäufer zum Ausschluss seiner Haftpflicht dem Käufer nur die Tatsache entgegenhalten, dass er vom Vorhandensein der Mängel *wirklich* Kenntnis gehabt habe;[1] *blosser Zweifel an der Fehlersosigkeit genügt nicht,*[2] auch wenn dieser das Motiv zur Veräusserung des Gegenstandes geboten hat.

b. Bei der gesetzlichen Gewährleistung ist die Einrede des Verkäufers nach O.-R. wesentlich erweitert worden. Der Verkäufer kann sich von der Haftpflicht schon dann befreien, wenn er darzutun vermag, dass der Käufer bei der Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit den Fehler kennen musste.[3] Die Unkenntnis des Fehlers von seiten des Käufers muss also entschuldbar sein. Erwägt man, dass es sich bei der Unkenntnis um einen Zustand des Geistes handelt, welcher nur durch äussere Indizien nachgewiesen werden kann, so ersieht man, welche praktische Vorteile die Erweiterung der Einrede dem Verkäufer mit sich bringt. Durch diese Art der Einrede wird auf den Käufer ein Druck ausgeübt, die Sache beim Kaufabschlusse zu prüfen.

[1] Das Viehwährschaftsgesetz von Schaffhausen hat die gleiche Bestimmung für die gesetzliche Gewährleistung aufgestellt.

[2] Gleicher Ansicht Hirsch und Nagel, S. 23. Hachenburg, S. 177, ist anderer Meinung. Er geht nämlich von der Voraussetzung aus, dass das gesamte Währschaftsrecht einen Teil der Lehre über die Bedeutung des Irrtums beim Vertrage bilde. Folgerichtig kommt er zum Schlusse, dass dort, wo kein Irrtum vorliege, auch keine Währschaftspflicht mehr bestehen könne. Da schon jeder Zweifel mit dem Begriff des Irrtums sich nicht verträgt, soll die Vermutung über das Vorhandensein des Mangels dem Käufer zum Nachteil werden. Da wir die Unhaltbarkeit der Lehre Hachenburgs über die Grundlage des Währschaftsrechtes im I. Kap. des III. Abschn. nachweisen werden, fällt auch diese Schlussfolgerung aus seiner Lehre dahin.

[3] Eine so geartete Einrede lässt das Viehwährschaftsgesetz von Appenzell I.-Rh., Art. 2, Abs. 4, auch bei der vertraglichen Gewährleistung zu.

3. Hat ein Stellvertreter an Stelle des Käufers den Vertrag abgeschlossen, so kommt es darauf an, ob der *Vertreter* vom Mangel wusste. Die Kenntnis oder Unkenntnis von seiten des Vertretenen ist bedeutungslos. Nur wenn der Käufer in Kenntnis des Mangels den Stellvertreter zum Kaufabschlusse speziell ermächtigte, wird dem Verkäufer daraus eine Einrede erwachsen. Die Kenntnis des Boten vom Vorhandensein des Mangels ist gänzlich unerheblich.[1]

4. Juristisch wird der Ausschluss der Haftung bei Kenntnis des Mangels von seiten des Käufers als ein *Verzicht* des letzteren auf das Währschaftsrecht aufgefasst.[2]

§ 19.

Die Vereinbarung der Gewährfreiheit.

Der Verkäufer kann sich auch der Haftung für Mängel entschlagen, wenn er beim Kaufabschlusse sich die Gewährfreiheit ausbedungen hat. Selbstverständlich ist diese Einrede nur bei den Gesetzen mit gesetzlicher Gewährpflicht von Bedeutung. Ausdrücklich erwähnen diese Einrede nur die Viehwährschaftsgesetze von Schaffhausen und Tessin; sie ist aber nach jedem Viehwährschaftsgesetze zulässig, da die Bestimmungen über die gesetzliche Gewährleistung des Käufers grundsätzlich dispositiver Natur sind. So wie für die Übernahme der vertraglichen Gewährleistung, so haben sich auch für die Entschlagung der gesetzlichen Garantie für Mängel der Kaufsache im Viehhandel gewisse feststehende Ausdrücke eingebürgert. Solche Ausdrücke sind z. B.: „ohne Gewähr", „wie das Tier steht und geht", „wie die Kette fällt", „dahin und daweg", „beim Aug" etc.[3]

[1] Vergl. Hirsch und Nagel, S. 23; Hachenburg, S. 178.

[2] So Endemann, Bd. I, § 161, 2., c; Staudinger, § 460, 1., e. Anderer Ansicht ist Hachenburg, S. 175, welche mit seiner Lehre über den Rechtsgrund der Gewährleistung in Zusammenhang steht.

[3] Verkehrsübliche Ausdrücke für die Entschlagung der Gewähr finden sich bei Dieckerhoff, S. 161; Reuter und Sauer, S. 105; Hirsch und Nagel, S. 26; Hachenburg, S. 172. Dass diese Ausdrücke nicht immer

Während die Vereinbarung der Gewährfreiheit allgemein infolge des Grundsatzes der Formlosigkeit der Verträge an keine bestimmte Form gebunden ist, hat das Gesetz von Schaffhausen in Anlehnung an die alten Gesetze von Baden und Württemberg zur Gültigkeit desselben die urkundliche Abfassung vorgeschrieben.[1]

Das Gesetz von Schaffhausen hat in § 4, Z. 1 und das Gesetz von Tessin in Art. 761, C. c., bei gerichtlich angeordneten Verkäufen die Währschaftspflicht von Gesetzes wegen ausgeschlossen.[2]

III. Kapitel.

Inhalt des Währschaftsrechtes.

§ 20.

Die Rechtsmittel des Währschaftsrechtes im allgemeinen.

I. Die im Viehwährschaftsrechte zulässigen Rechtsmittel sind folgende:

1. Nach O.-R. — Sind alle gesetzlichen und vertraglichen Voraussetzungen für den Eintritt des Währschaftsrechtes erfüllt, so steht nach dem Art. 249, O.-R., dem Käufer

gekannt und nicht recht gewürdigt werden, bezeugt uns ein Urteil des Obergerichts Aargau vom 27. November 1874 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. X, S. 281), welches den Ausdruck „dahin und daweg" nicht als gemeinverständlich bezeichnete. Trotzdem scheint dieser Ausdruck allgemein gebraucht zu werden. Vergl. Hirsch und Nagel, S. 126: Hachenburg, S. 172, Anm. 5.

[1] Dass „urkundlich" nichts anderes heissen will als „schriftlich", ersieht man aus den Gesetzen von Württemberg vom 26. Dezember 1861, wo neben dem Worte „urkundlich" in Klammern der Ausdruck „schriftlich" beigefügt ist.

[2] Siehe die Schlussbemerkung auf S. 36.

wahlweise das Recht zu, entweder mit der *Wandelungsklage* den Kauf rückgängig zu machen *oder* mit der *Minderungsklage* Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern. Eine Erweiterung der Rechtsbehelfe im Währschaftsrechte tritt nach Art. 252, O.-R., beim Kauf einer *bestimmten Quantität vertretbarer Sachen* ein: In diesem Falle ist der Käufer befugt, entweder die Wandelungsklage oder die Minderungsklage anzustellen, oder *andere währhafte Ware derselben Gattung zu fordern,* jedoch mit der Einschränkung, dass beim Platzkauf auch der Verkäufer berechtigt ist, durch sofortige Lieferung währhafter Ware derselben Gattung und durch Ersatz des allfälligen Schadens sich von jedem weiteren Anspruch des Käufers zu befreien.[1]

Es erhebt sich nun die Frage, welche Bedeutung dem Worte *„vertretbare Sache"* im Art. 252, O.-R., zukommt? Der status quastionis ist am klarsten durch Regelsberger in seinen P., § 99, II., dargelegt, weshalb wir ihn hier wörtlich zitieren:

„Die Vertretbarkeit ist keine natürliche (physikalische) Eigenschaft der Sachen. Sie beruht auf der Wertung und Behandlung der Sachen im Verkehr, sie ist eine wirtschaftliche Eigenschaft.

Sie bestimmt sich nicht nach der möglichen, hie und da vorkommenden Wertung und Behandlung, sondern nach der im *Verkehr* herrschenden. *Sie ist darum der subjektiven Willkür entrückt und bildet eine* **objektive** *Eigenschaft der Sachen.* Allerdings ist die Verkehrsübung nicht bei allen Sacharten so überwiegend, dass nicht Zweifel über die Zuteilung auftauchen könnten. Aber es gibt keine neutrale Zone, alle Sachen sind entweder vertretbar oder nicht vertretbar.

Damit stimmt freilich nicht die *viel vertretene Ansicht, dass die* **Parteien** *eine vertretbare Sache für nicht vertretbar erklären können und umgekehrt.*[2] Ein solcher Standpunkt

[1] Dieses Recht des Verkäufers ist im D. B. G. B. nicht anerkannt; siehe Staudinger, § 480, III., 1., a.

[2] So *Kierulff,* Pandekten, S. 315; *Wächter,* Pandekten, § 62; *Puchta,* Vorlesungen, Bd. I, § 36; *Unger,* Bd. I, § 50.

wäre höchst bedenklich, denn danach wären alle diejenigen gesetzlichen Bestimmungen der Parteiwillkür ausgeliefert, die an das Dasein von vertretbaren oder nicht vertretbaren Sachen anknüpfen. Jener Ansicht liegt aber eine Verwechslung zu Grunde, die Verwechslung der objektiven Sacheigenschaft der Vertretbarkeit mit der vom Belieben der Parteien abhängigen Bezeichnung des Leistungsgegenstands in einem Rechtsgeschäft. Es kann ein Pferdehandel abgeschlossen werden sowohl über „die zwei Braunen am Wagen des Verkäufers" als über „zwei eingefahrene junge Pferde norddeutschen Schlags". Dort ist der Leistungsgegenstand individuell, hier nur nach Betrag und Gattung bestimmt, dort geht das Übereinkommen auf zwei den Parteien konkret vorschwebende Sachen, hier auf ein Abstraktum, das erst bei der Erfüllung ins Konkrete umgesetzt wird, dort wird eine Spezies- hier eine Genusobligation geschaffen. Das Nähere über diesen Gegensatz gehört ins Obligationenrecht. Von der Unterscheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen ist er unabhängig; es kann eine Genusobligation über nicht vertretbare Sachen errichtet werden und eine Speziesobligation über vertretbare."

Wir werden im Folgenden einen Leistungsgegenstand, der im konkreten Rechtsgeschäfte nur der Gattung nach bestimmt ist, als *Gattungssache* bezeichnen. Das schweizerische O.-R. hat seinen Sprachgebrauch in bezug auf den Begriff der Vertretbarkeit nirgends besonders festgelegt.[1] Wir müssen also in jedem einzelnen Artikel, in welchem der Ausdruck „vertretbare Sache" wiederkehrt, darnach fragen, *ob der Begriff der vertretbaren Sache nicht auf die Gattungssachen zu beziehen ist.* Da die Haustiere im gewöhnlichen Verkehr nicht als vertretbare Sachen zu betrachten sind, aber im konkreten Fall doch durch Parteivereinbarung als Gattungssachen behandelt werden können, so erhellt die Wichtigkeit der Begriffsbestimmung der ver-

[1] Anders das D. B. G. B., § 91: „Vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im *Verkehre* nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen." Also ist der Begriff der Vertretbarkeit nach dem D. B. G. B. ein objektiver.

tretbaren Sache im Art. 252, O.-R., für das Viehwährschaftsrecht. Der Ausdruck „vertretbare Sache“ ist im O.-R. viermal verwendet: im Art. 131 bei der Kompensation, im Art. 252 bei der Nachwährschaft beim Kauf, im Art. 329 beim Darlehen und im Art. 485 bei der Hinterlegung. Für den Art. 329 ist es sicher, dass der Gesetzgeber den Begriff „vertretbare Sache“ nur im objektiven Sinne genommen hat. Wenn z. B. 10 Pferde zu Eigentum übergeben werden mit der Bestimmung, dass 10 Pferde der gleichen Art zurückgegeben werden sollen, so liegt darin kein Darlehen, sondern ein Tausch.[1] Für den Art. 252 müssen wir uns im Gegenteil dafür entscheiden, dass der Begriff „vertretbare Sache“ im Sinne von Gattungssache verwendet ist.[2] Regelsberger findet es, wie wir oben gesehen haben, bedenklich, den Begriff „vertretbare Sache“ mit dem der Gattungssachen als identisch zu erklären, weil dadurch alle diejenigen Gesetzesbestimmungen der Parteiwillkür ausgeliefert wären, die an das Dasein von vertretbaren oder nicht vertretbaren Sachen anknüpfen. Aber diese Befürchtungen sind beim Währschaftsrechte von keinem Belange; denn die gesetzlichen Bestimmungen, die sich dort auf das Dasein von vertretbaren oder nicht vertretbaren Sachen beziehen, sind dispositiver Natur. *Wir müssen im Gegenteil sagen, die Natur der Sache und das Verkehrsinteresse sprechen hier dafür, den Begriff „vertretbare Sache“ im Sinne von „Gattungssache“ zu nehmen.*[3]

Im Viehhandel hat also nach dem schweizerischen O.-R. der Käufer eines der Gattung nach bestimmten Tieres die Wahl zwischen der Wandelung, der Minderung und der Nachlieferung eines mangelfreien Tieres.

Die Rechtsmittel, welche dem Käufer eines Tieres beim Kaufvertrag infolge der gesetzlichen oder vertraglichen Ge-

[1] Siehe Windscheid, Bd. I, § 141, Anm. 6, von Kipp.

[2] Ohne weiteres nehmen dies an Hafner, Art. 252, Anm. 1; Schneider und Fick, Art. 252, Anm. 1.

[3] Das D. B. G. B. hat in den §§ 480 und 491 ausdrücklich bei Gattungssachen im Währschaftsrechte das Recht auf Nachlieferung anerkannt.

währleistung zugestanden sind, stehen beim *Tauschvertrag* jeder Partei zu, falls sich bei einem oder bei beiden der eingetauschten Tiere Währschaftsmängel vorfinden. Nach Art. 273, O.-R., hat jedoch die geschädigte Partei bei der Rückgabe des Tauschgegenstandes noch weiter *die Wahl, Schadenersatz zu begehren oder die eingetauschte Sache zurückzufordern.* Bei Aufstellung dieser Bestimmung war die Erwägung massgebend, dass der gewährpflichtige Täuscher öfters wegen Weiterveräusserung, Vernichtung oder Verschlechterung der eingetauschten Sache nicht mehr in der Lage wäre, dieselbe in gehörigem Zustande zurückzuerstatten und infolgedessen eine eigentliche Wandelung des Tauschvertrages ausgeschlossen bliebe.

Dieses Wahlrecht des Käufers oder Vertauschers erlischt mit der gerichtlichen Geltendmachung des einen oder des andern wahlweise zugelassenen Rechtsmittels des Währschaftsrechtes, es sei denn, dass die Parteien schon vorher sich durch vertragliche Vereinbarung auf einen der Ansprüche geeinigt haben.[2] Dieses Wahlrecht findet jedoch noch einige gesetzliche Einschränkungen.

a. Auch wenn die Wandelungsklage angestellt worden ist, kann der Richter blos Ersatz des Minderwertes zusprechen, sofern nach seinem Ermessen die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen (Art. 250).

b. Ist die Sache durch Verschulden des Käufers untergegangen oder von demselben weiter veräussert oder umgestaltet worden, so kann er nur Ersatz des Minderwertes verlangen (Art. 254, Abs. 2).

c. Erreicht der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, so kann der Käufer nur die Wandelung verlangen (Art. 251).

2. Nach den kantonalen Viehwährschaftsgesetzen. — Während das O.-R. in Nachahmung des römischen Rechtes

[1] Siehe Hafner, Art. 273, Anm. 3; Rossel, Nr. 347; Schneider und Fick, Art. 273, Anm. 2.

[2] Anders nach dem römischen Recht, wo die Anstellung der Redhibitionsklage den Verlust des Wahlrechtes noch nicht nach sich zog. Siehe Dernburg, P., Bd. II, S. 282.

dem Käufer das Recht auf Minderung zuspricht, ist nach deutschem Recht von altersher im Viehwährschaftsrechte nur die Rückgängigmachung des Kaufes bekannt.[1] Diesem Grundsatze sind auch die schweizerischen Viehwährschaftsgesetze nach deutsch-rechtlichem Systeme treu geblieben, einerseits aus historischer Tradition, anderseits infolge der Erwägung, dass der Käufer beim Viehhandel mit der Minderungsklage Missbrauch treiben könnte.[2] Das Gesetz von Genf, welches nur teilweise dem deutsch-rechtlichen Systeme folgt, lässt nach den Grundsätzen des Code, Art. 1644, sowohl die Wandelungs- als die Minderungsklage zu.[3] Im Falle der Gewährleistung für Schlachttiere ist aus begreiflichen Gründen nach einigen deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetzen die Minderungsklage das einzige Rechtsmittel des Währschaftsrechtes.[4] Ebenso muss nach den Gesetzen von Glarus und Graubünden der Käufer bei unrichtigen Angaben betreffend die Trächtigkeit sich mit einer zum voraus festgesetzten Entschädigung zufrieden stellen.

Von den Gesetzen nach vertraglichem Viehwährschaftssysteme hat einzig das Viehwährschaftsgesetz von Appenzell-I. Rh. die Sonderregelung getroffen, dass bei Nachwährschaft für Vieh der Käufer nur auf dem Wege der Minderungsklage den Verkäufer auf Ersatz des Minderwertes und der gehabten Unkosten belangen könne.

II. Aus der subsidiären Anwendbarkeit des O.-R. ergeben sich folgende Konsequenzen für die kantonalen Viehwährschaftsgesetze:

1. Da die Viehwährschaftsgesetze des vertraglichen Währschaftssystemes ausser dem Gesetze von Appenzeit-I. Rh. keine besonderen Bestimmungen über die Rechtsmittel des

[1] Vergl. Stobbe-Lehmann, l. c., Bd. III, § 232, I., 2., S. 308.

[2] Vergl. Hachenburg, S. 129; Hirsch und Nagel, S. 46; Staudinger, § 487, I., a.

[3] Huber, Bd. III, S. 733, spricht jedoch von einem *heimgeschlagenen* Tiere. Das französische Gesetz vom 20. Mai 1838 hat in Art. 2 die Wandelungsklage allein zugelassen.

[4] Konkordat, § 17; Schaffhausen, Viehwährschaftsgesetz, § 20; Graubünden, C. G. B., § 347; Glarus, Viehwährschaftsgesetz, § 1.

Währschaftsrechtes aufgestellt haben, kommen in dieser Hinsicht in vollem Umfange als Ergänzung dieser Gesetze die Grundsätze des O.-R. zur Anwendung.

2. Für die deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze kommen wir infolge der subsidiären Anwendbarkeit des O.-R. im einzelnen zu folgenden Schlüssen:

a. Soweit diese Gesetze nur die Wandelungsklage oder nur die Minderungsklage kennen, ist dem Käufer die freie Wahl zwischen beiden Rechtsbehelfen genommen.[1]

b. Enthalten die kantonalen Viehwährschaftsgesetze über den Inhalt und über die besonderen Verhältnisse bei der Wandelung oder Minderung gar keine oder nur unzureichende Vorschriften, so werden sie durch die diesbezüglichen Bestimmungen des O.-R. ergänzt.

c. Es erhebt sich die Frage, ob auch bei den deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetzen und dem Viehwährschaftsgesetze des Kantons Appenzell I.-Rh. bei Gattungskäufen der Käufer in Anwendung des Art. 252, O.-R., andere währhafte Ware derselben Gattung fordern kann? Zur Entscheidung dieser Frage müssen wir auf die rechtliche Natur dieses Nachlieferungsanspruches zurückgehen. Dernburg[2] sagt über den Charakter dieses Rechtsmittels: „Der dem Gattungskäufer zugestandene Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache richtet sich im allgemeinen nach dem Inhalte des Kaufvertrages und den gewöhnlichen Regeln über dessen Erfüllung.[3] *Dem Grundgedanken nach ist er also*

[1] Vergl. jedoch das auf S. 30, Anm. 2, zitierte Urteil des Obergerichts Bern vom 22. Nov. 1873, in welchem die Minderungsklage gutgeheissen wurde, trotzdem das Konkordat nur den Wandelungsanspruch kennt.

[2] Dernburg, B. R., Bd. II, § 188, IV.

[3] Vergl. Staudinger, § 480, III., 1., d: „Eine Wandelung im Sinne der §§ 462, 465 liegt hierin aber nicht, denn es wird hier nicht der ganze Kaufvertrag rückgängig gemacht, gleich als ob er nicht geschlossen worden wäre, sondern lediglich das *Erfüllungsgeschäft.*" Im römischen und gemeinen Recht ging die Hauptansicht dahin, dass überhaupt beim Kauf einer der Gattung nach bestimmten Sache die Ansprüche auf Preisminderung und Wandelung nicht Platz greifen, weil mit Lieferung einer fehlerhaften Ware überhaupt der Vertrag nicht erfüllt ist. Siehe Windscheid, Bd. II, S. 693 f. u. Anm. 19.

kein Gewährleistungsanspruch. Es kann sich also der Käufer auf den Standpunkt stellen, es sei ihm zwar geleistet, aber mangelhaft, oder es sei ihm das, was er zu fordern hat, noch nicht geleistet worden. Legen wir dem Nachlieferungsanspruch diese letztere Auffassung zugrunde, dass es sich hiebei um Anwendung der Grundsätze über Nichterfüllung des Kaufvertrages handelt, so müssen wir den Schluss ziehen, dass die Regelung dieser Verhältnisse nicht mehr in die Kompetenzsphäre der kantonalen Rechte fällt, sondern einzig und allein dem eidgenössischen O.-R. zusteht. Dann aber hat der Käufer auch im Viehhandel nebst den nach den kantonalen Viehwährschaftsgesetzen zulässigen Gewährleistungsansprüchen das Recht, beim Gattungskauf die Nachlieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen.

d. Infolge der subsidiären Anwendung des Art. 273, O.-R., hat bei der Vornahme der Wandelung des Tauschvertrages die geschädigte Partei die Wahl, Schadenersatz zu fordern oder die eingetauschte Sache zurückzufordern. Diese Bestimmungen gelten jedoch nicht für das Konkordat und das Viehwährschaftsgesetz des Kantons Schaffhausen. Nach diesen Gesetzen hat der Gegentäuscher nicht die empfangene Sache zurückzugeben, sondern den Wert des zurückgebotenen Tieres zu erstatten,[1] welche durch zwei amtlich bestellte Sachverständige endgültig festzusetzen ist.[2]

III. Anfangs stellten wir den Satz auf, dass die Gewährleistungspflicht schon dann zur Geltung komme, wenn die Voraussetzungen des Währschaftsrechtes erfüllt seien. Hafner vertritt in seinem Kommentar zum O.-R., Art. 243, Abs. 1, eine andere Ansicht. Es heisst dort: „Die Haftung wegen Mängel der Kaufsache setzt einen gültigen Vertrag voraus *und kommt erst zur Anwendung, wenn der Käufer die Kaufsache empfangen hat, dieselbe an ihn abgeliefert ist.*“ Würde man dieser Ansicht folgen, so ergäben sich die eigentümlichsten Konsequenzen. Nach Art. 145, O.-R., wird nämlich der Schuldner von seiner Gewährpflicht befreit, falls die

[1] Konkordat und Viehwährschaftsgesetz von Schaffhausen, § 3.
[2] Konkordat, § 4, und Viehwährschaftsgesetz von Schaffhausen, § 7.

Leistung durch Umstände, welche er nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden. Dieses gilt auch bei den zweiseitigen Verträgen. Bei den letzteren braucht der freigewordene Schuldner die bereits empfangene Gegenleistung nicht herauszugeben, noch verliert er die nicht erfüllte Gegenforderung, wenn die Gefahr vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht. Nun gehen aber beim Kauf gemäß Art. 204, O.-R., Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Kaufvertrages auf den Käufer über. Geht also die Kaufsache *nach Kaufabschluss* aber *vor deren Ablieferung* an den Käufer durch Zufall unter, so wird der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit, während er seinerseits vom Käufer noch die Gegenleistung fordern kann. Dieses würde auch dann gelten, wenn die Sache Mängel an sich hätte, für welche der Verkäufer nach Ablieferung des Gegenstandes hätte einstehen müssen. Um diese Konsequenzen zu vermeiden, müssen wir annehmen, dass der Käufer auch schon vor der Ablieferung des Kaufgegenstandes seine Rechte aus der Gewährleistung geltend machen kann.[1]

§ 21.

Die Wandelung.

Unter Wandelung[2] *verstehl man die auf Begehren des Käufers bei Vorhandensein von Gewährsmängeln eintretende Rückgängigmachung des Kaufes.*

Aus den Bestimmungen des O.-R., Art. 253 und 254, lässt sich der Schluss ziehen, dass nach O.-R. die Parteien prinzipiell in den Zustand versetzt werden sollen, wie wenn

[1] Das Gleiche gilt für das D. B. G. B. Vergl. Staudinger, § 467, I., 1.: „Ist der Kaufvertrag noch von keiner Seite erfüllt, so wird einfach das bestandene Rechtsverhältnis des Kaufes mit seinen Rechten und Pflichten für beide Teile durch die Wandelung aufgehoben.“ Vergl. auch Staudinger, § 465, III., 2., a.

[2] Das Gesetz von Graubünden, C. G. B., § 345, spricht von der *Rückgiebigkeit.*

der Kauf nicht geschlossen worden wäre, d. h. die Auflösung des Vertrages wirkt ex tunc.[1]

Für den Inhalt der Wandelung nach O.-R. ist der Art. 253 massgebend. Derselbe lautet: „Wird der Kauf rückgängig gemacht, so muss der Käufer die Sache nebst Zuwachs und Früchten dem Verkäufer zurückgeben. Andererseits ist der Verkäufer verpflichtet, den gezahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies dem Käufer den Schaden ersetzen, welcher demselben durch Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist. Im übrigen finden die Bestimmungen des Art. 241 entsprechende Anwendung."

1. Rechte des Käufers:

a) Der Käufer kann die *Herausgabe des Kaufpreises nebst Zinsen* vom Tage der Bezahlung desselben an verlangen. Diese Zinsen belaufen sich gemäss Art. 83, O.-R., auf 5%. Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt, so kann er Rückgabe eines etwa darüber ausgestellten Schuldscheines oder Wechsels fordern, nicht minder Rückerstattung etwa gestellter Sicherheiten.[2]

b) Nach dem Art. 253, O.-R., kann der Käufer auch *Ersatz desjenigen Schadens* beanspruchen, welcher ihm durch Lieferung fehlerhafter Ware *unmittelbar* verursacht wurde.[3] Unter diesem unmittelbaren Schaden[4] sind namentlich gemäss Art. 241, Z. 2, die auf die Sache gemachten Ver-

[1] Vergl. für das D. B. G. B. Dernburg, B. R., Bd. II$_2$, S. 76; für das gemeine Recht: Windscheid, Bd. II, S, 689 u. Hanausek, Bd. I, S. 134. — Diese Regelung stimmt mit den Grundsätzen des O.-R., Art. 174, über die Wirkung der auflösenden Bedingung, mit welcher ja die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache grosse Verwandtschaft aufweist, nicht recht überein; denn dort findet eine Rückwirkung in der Regel nicht statt.

[2] Siehe Dernburg, B. R., Bd. II, § 186, III., 1.

[3] Nach dem D. B. G. B. kann durch die Wandelungsklage ein Ersatz des Schadens, welcher durch Mangelhaftigkait der Sache entstanden, nicht geltend gemacht werden. Siehe Staudinger, § 467, I., 3.

[4] Siehe Hafner, Art. 253, Anm. 4; Bundesg. Entsch., Bd. XIV, S. 104, Erw. 2.

wendungen, also sicherlich die notwendigen und nützlichen Verwendungen zu verstehen. Die luxuriösen Verwendungen werden wohl nach Analogie des Art. 74, O.-R., über die Ersatzansprüche bei ungerechtfertigter Bereicherung nicht in Betracht fallen. Die zu vergütenden Verwendungen umfassen bei der Nachwährschaft beim Vieh z. B.: die Kosten der Fütterung vom Tage der Übergabe des Tieres an, die Kosten der ärztlichen Behandlung und Verpflegung des Tieres. Unter dem Gesichtspunkte des unmittelbaren Schadens kann ausserdem auch Erstattung der Frachtspesen beim Transport des Tieres, eventuell die Kosten der Tötung und Wegschaffung desselben, ferner Ersatz der Kosten des Kaufes, also namentlich der bezahlten Trinkgelder, soweit sie üblich sind, der Provision für den vermittelnden Makler, der Auslagen für Ausfertigung der Urkunde begehrt werden.

Zum *mittelbaren* Schaden gehört namentlich der entgangene Gewinn. Dieser mittelbare Schaden ist ohne Vorliegen eines Verschuldens des Verkäufers nicht zu ersetzen.[1]

Besondere Beachtung verdient die Bestimmung des Art. 241, Z. 3, O.-R., nach welcher sämtliche durch den Prozess veranlassten gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten vom Verkäufer zu tragen sind, soweit sie nicht durch Unterlassung der Streitverkündigung herbeigeführt worden sind. Dieser Posten wird oft den Hauptbetrag der geforderten Summe bilden.

2. Verpflichtungen des Käufers.

a) Der Käufer hat seinerseits die Verpflichtung, die *Sache zurückgegeben,* soweit er nicht gemäss Art. 254, Abs. 1, von deren Rückerstattung befreit ist. Ist die Sache gerichtlich versteigert worden, so fällt an Stelle der Kaufsache der Erlös aus dem Verkauf derselben unter Abzug der Kosten der Versteigerung dem Verkäufer zu.

b) Der Käufer muss neben der Kaufsache auch ihren *Zuwachs und die gewonnenen Früchte herausgeben.* Unter diesen Früchten sind beim Tier die Jungen, bei Milchtieren

[1] Vergl. Hafner, Art. 253, Anm. 4.

die Milch und der daraus bereitete Käse, bei Schafen die Wolle zu verstehen. Unter dem Begriffe von Frucht ist bei den Tieren auch ihr Arbeitsertrag einzuschliessen.[1] Die versäumten, sowie die gewonnenen aber schon konsumierten Früchte sind vom Kaufpreis in Abzug zu bringen.[2]

c. Die Rückgewähr hat *Zug um Zug* zu geschehen. Deshalb kann der Käufer nur dann vom Verkäufer Erfüllung verlangen, wenn er den Verpflichtungen aus der Wandelung seinerseits gleichzeitig nachzukommen gewillt ist. Der Verkäufer muss die Sache abholen, denn der Anspruch des Verkäufers auf Redhibition ist wie jede Schuld einer bestimmten Sache im Zweifel[4] eine Hohlschuld.[5]

Wer trägt nun aber zwischen Kaufabschluss und Vollziehung der Wandelung die Gefahr für den Untergang oder die Verschlechterung der Kaufsache? Diese besonderen Verhältnisse regelt der Art. 254, O.-R. Dieser lautet: „Die Wandelung kann auch begehrt werden, wenn die mangelhafte Sache infolge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen[6] ist. Der Käufer hat in diesem Falle nur das zurückzugeben, was ihm von der Sache verblieben ist.[7]

Ist die Sache durch Verschulden des Käufers untergegangen oder von demselben weiter veräussert oder umgestaltet worden, so kann er nur Ersatz des Minderwertes verlangen."

II. Während alle übrigen kantonalen Viehwährschaftsgesetze sich über den Inhalt des Wandelungsanspruches ausschweigen, enthalten das Konkordat und das Viehwähr-

[1] Dernburg, P., Bd. II, S. 177.

[2] Hafner, Art. 253, Anm. 1a; Rossel, S. 324f.; Schneider und Fick, Art. 253, Anm. 1.

[3] Siehe Hafner, Art. 253, Anm. 2.

[4] Vergl. Art. 84, O.-R.

[5] Über den Ort der Übergabe siehe Hanausek, Bd. II, S. 153; Dernburg, B. R., Bd. II, § 186, 4.

[6] A fortiori bei der Verschlechterung der Kaufsache. Siehe Schneider und Fick, Art. 254, Anm. 1.

[7] Die Römer charakterisierten diesen Grundsatz mit dem Ausdruck: „mortuus redhibetur".

schaftsgesetz von Schaffhausen im § 15 (resp. § 18) darüber einige Bestimmungen. Dieser § 15 (resp. § 18) lautet: „Die Kosten der Rückbietung, der ärztlichen Untersuchung, sowie die *nach der Rückbietung* erlaufenden Kosten der ärztlichen Behandlung und Fütterung des Tieres, sind von demjenigen Teil zu tragen, welchem das untersuchte Tier anheim fällt."

Aus diesen Bestimmungen des Konkordates und des Viehwährschaftsgesetzes von Schaffhausen können wir den Schluss ziehen, dass die Wirkungen der Wandelung nicht auf den Zeitpunkt des *Kaufabschlusses*, sondern auf den Moment der *Rückbietung* des Tieres zurückbezogen werden. Insoweit weichen also die Bestimmungen des Konkordates und des Viehwährschaftsgesetzes von Schaffhausen von denjenigen des Art. 253, O.-R., ab.

Es ergeben sich für die rechtliche Behandlung des Wandelungsanspruches daraus folgende Konsequenzen.

1. Für die Zeit *vor* der Rückbietung hat der Käufer keinen Anspruch auf Ersatz von Nebenkosten. So kann er z. B. keinen Zins vom Kaufpreis, keine Vergütung für Verpflegung und ärztliche Behandlung des Tieres und keinen Ersatz der Fütterungskosten beanspruchen; dafür verbleiben ihm der Zuwachs und die Früchte in dieser Zeit. Vom Zeitpunkte der Rückbietung an stehen dem Käufer nicht nur die in § 15 des Konkordates genannten Ansprüche, sondern alle Rechte und Pflichten aus dem Art. 253, O.-R., in entsprechender Weise zu, weil wir annehmen dürfen, dass die Ansprüche des Käufers im § 15 des Konkordates nur exemplifikativ angeführt sind.

2. Die Gefahr des zufälligen Unterganges des Kaufgegenstandes trifft *vor* der Rückbietung den *Käufer, nach* derselben den *Verkäufer*. Mit dieser grundsätzlichen Anschauung stimmen die uns bekannten Entscheidungen der Gerichte in Viehwährschaftsstreitigkeiten überein. So geht das Obergericht Bern in einem Urteil vom 2. Dezember 1882[1] von der Auffassung aus, dass prinzipiell nach dem Konkordate die Wandelung nur zulässig sei, wenn das Tier zurückgeboten werden

[1] Siehe Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XIX, S. 331 ff.

könne. Eine Ausnahme erleide diese Regel nur dann, wenn das Tier gemäss dem § 10 des Konkordates auf Bewilligung des Richters zum Zwecke der Untersuchung getötet wird oder wenn es aus polizeilichen Gründen abgetan werden muss. Des weiteren habe die Praxis diese Ausnahme ausgedehnt auf alle Fälle, in welchen das Tier gerade wegen des hervorgetretenen Mangels umgestanden[1] und auf die Fälle, wo das Tier zwar durch Zufall untergegangen, der Verkäufer sich aber in Rücknahmeverzug befinde.

Für die übrigen kantonalen Viehwährschaftsgesetze gelten natürlich hinsichtlich der Wandlung, infolge der Grundsätze über Subsidiarität, die Bestimmungen des O.-R.

§ 22.

Die Minderung.

Unter Minderung versteht man gewöhnlich die Herabsetzung des Kaufpreises um dem Betrag, um welchen die Kaufsache wegen des Mangels weniger wert ist.

Im gemeinen Recht hatte sich die Ansicht durchgerungen, dass der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen sei, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte der mangelhaften Sache gestanden haben würde.[2] Diese *relative* Berechnungsweise hat das D. B. G. B., § 472, Abs. 1, ausdrücklich adoptiert. Dieser Berechnungsweise liegt die Anschauung zu Grunde, dass der Käufer die Sache um einen entsprechend geringeren Preis erworben hätte, wenn er um die Mängel Kenntnis gehabt hätte.[3] Sieht man aber in der Gewährleistung eine Garantie von seiten des Ver-

[1] Vergl. C. Nap., Art. 1647.

[2] Siehe Windscheid, Bd. II, § 394, und die im gleichen Paragraphen Anm. 1, zitierte Literatur.

[3] Siehe Hachenburg, S. 150, welcher den Charakter des Minderungsanspruches mit seiner Lehre über den Irrtum als Rechtsgrund der Gewährleistung in Zusammenhang bringt.

käufers an den gewährsuchenden Käufer gegen die Folgen der eventuell hervortretenden Fehler, so kommt man dazu, dem Verkäufer die Vergütung des *absoluten* Minderwertes der Sache zuzusprechen.

Das schweizerische O.-R. spricht in Art. 249 nur von einer Minderungsklage, mit welcher der Verkäufer Ersatz des *Minderwertes* der Sache zu fordern berechtigt ist; von einer *Preis*minderung ist nirgends die Rede. Es hat also weder zur Berechnungsweise des Kaufpreises noch zur Frage nach dem allgemeinen Charakter der Minderungsklage Stellung genommen. Nach dem Wortlaut des Art. 251 kann man die Vermutung aussprechen, dass das O.-R. eben den Minderwert der Sache vergütet wissen will. Art. 251, O.-R., lautet: „Erreicht der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, so kann der Käufer nur die Wandelung verlangen." Diese Fassung des Artikels setzt voraus, dass der Betrag des Minderwertes eventuell den Betrag des Kaufpreises auch übersteigen könnte. Dies würde aber niemals eintreten, wenn die relative Berechnungsweise des Minderungsanspruches auch nach O.-R. Platz greifen würde. Z. B.: Ein Pferd ist um 600 Fr. gekauft worden. Der wirkliche Wert beträgt bei der Schätzung 1200 Fr., ohne Fehler, mit dem Mangel nur noch 400 Fr. Der absolute Minderwert beläuft sich also auf 800 Fr. und übersteigt den Kaufpreis von 600 Fr. Der Käufer hat die Wahl, entweder einen geringeren Minderwert als den Kaufpreis zu fordern oder Wandelung zu verlangen. Nach der relativen Berechnungsweise muss der Minderwert von 800 Fr. im Verhältnis zum Kaufpreis herabgesetzt werden. Wir bekommen die Gleichung $1200 : 800 = 600 : x$. Der entsprechend der Höhe des Kaufspreises herabgesetzte Minderwert beträgt 400 Fr. Nach der relativen Berechnungsweise würde der Minderwert den Kaufpreis niemals übersteigen und höchstens dann erreichen, wenn die Kaufsache mit Haut und Haar vom Erdboden verschwunden ist.

Wir entscheiden uns für die **absolute** *Berechnungsweise des Minderwertes,* ohne jedoch nach dem Wortlaute des

Gesetzes eine gegenteilige Idee direkt für ausgeschlossen zu halten.[1]

Neben der Preisminderung kann der Käufer mit der Minderungsklage keinen weiteren Ersatz des durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schadens verlangen, wie dies nach Art. 253 bei der Wandlungsklage der Fall ist. Will sich der Käufer für jene Nachteile schadlos halten, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als anstatt der Minderung die Wandlung zu verlangen.

Dem Minderungsanspruch für fehlerhaftes *Schlachtvieh* liegt nach dem *Konkordate* (§ 17), nach dem *Viehwährschaftsgesetze von Schaffhausen* (§ 20) und nach dem Gesetze von Graubünden, C. G. B., § 347, eine absolute Berechnungsweise zu Grunde, denn der Minderwert besteht dort in der Differenz zwischen den nach dem Marktwerte des Fleisches möglichen Erlös und dem wirklich erzielten Erlös. Der Marktwert des Fleisches ist aber immer höher als der Kaufpreis für das Schlachtvieh, weil der Marktwert des Fleisches ausser dem bezahlten Kaufpreis noch den Wert der Arbeit des Metzgers enthält. Im Grunde genommen betrifft diese Minderungsklage nicht eine *Preisminderung*, sondern eine *Vergütung des Erfüllungsinteresses*[2].

---

[1] Für die relative Berechnungsweise sind: Hafner, Art. 249, Anm. 5; Schneider und Fick, Art. 249, Anm. 2.

Für *Rossel*, S. 324, bedeutet der *Minderwert die Differenz zwischen dem Werte der mangelhaften Sache zu dem bezahlten Kaufpreis*. Diese Berechnungsweise widerspricht ebenfalls der Fassung des Art. 251, O.-R., weil der Minderwert den Kaufpreis auf diese Weise niemals übersteigen könnte. Vergl. über diese Berechnungsart Windscheid, Bd. IV, § 394, Anm. 1: „Noch unrichtiger wäre es, wenn man sagen wollte, dass der Anspruch des Käufers auf die Differenz zwischen dem wirklichen Werte und dem Kaufpreise gehe, ... Es hiesse das den Parteien gestatten, bei Gelegenheit des Anspruches auf Preisminderung sich zugleich für den Schaden erholen, welchen sie durch zu teuren Kauf oder durch zu wohlfeilen Kauf erlitten haben."

[2] Hachenburg, § 12, Titelüberschrift nennt die Minderungsklage beim Schlachtvieh die „sogenannte" Minderungsklage.

§ 23.

Verjährung der Währschaftsklage und der Einrede.

I. Verjährung der Währschaftsklage.

Unter Währschaftsklage versteht man die selbständige Geltendmachung der Ansprüche aus dem Währschaftsrechte vor dem ordentlichen Gericht oder vor einem Schiedsgericht.

Für die Anhebung dieser Klage sind von einigen kantonalen Viehwährschaftsgesetzen besondere Fristen aufgestellt.

1. Die Klagefristen der deutsch-rechtlichen Viehwährschaftsgesetze.

a. § 5 des Viehwährschaftsgesetzes von Schaffhausen lautet: „Die Klage verjährt:

1. Wenn sie nicht innert der in § 2 angesetzten Frist angehoben wird.

2. In dringenden Fällen, wenn nicht wenigstens innert der gleichen Frist der Mangel des Tieres beim Gemeindepräsidenten angezeigt, dessen Besichtigung beantragt und in diesen Fällen innert 14 Tagen Klage erhoben wird (§§ 10 bis 20)."

b. Tessin, C. c., Art. 758, hat eine Klagefrist von 40 Tagen vom Momente des Kaufabschlusses an gerechnet für die Anhebung der Währschaftsklage festgesetzt.

c. Im Viehwährschaftsrechte des Kantons Genf ist die Frist für die Anstellung der Klage nicht für alle Mängel in gleicher Weise bestimmt. Für 6 Fälle (periodische Augenentzündung, Fallsucht, Rotz, ansteckende Lungenseuche, Perlsucht und Wurm) dauert die Frist für Anbringung der Währschaftsklage 40 Tage, für alle übrigen Fälle 14 Tage. Diese Frist verlängert sich um einen Tag für jede 4 Schweizerstunden (19,2 km), welche der Wohnort des Verkäufers vom Aufenthaltsorte des Tieres entfernt ist.

2. Die Klagefristen der Viehwährschaftsgesetze des vertraglichen Systemes.

Von dieser Gruppe von Gesetzen hat einzig das Viehwährschaftsgesetz von Appenzell I.-Rh. eine besondere Verjährungsfrist für nötig befunden. Art. 11 dieses Gesetzes bestimmt: „Die Frist zur gesetzlichen Geltendmachung der Forderung (Erlass des Zahlungsbefehles) erlischt mit Ablauf von vier Wochen nach Beendigung der Rügefrist."

3. Nach dem O.-R. bestimmt sich die Dauer der Klagefrist nach dem Art. 257. Dieser Artikel lautet: „Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel einer Sache verjähren mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Sache an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdecken sollte, es sei denn, dass der Verkäufer eine Garantie auf längere Zeit übernommen habe."

Soweit die kantonalen Viehwährschaftsgesetze keine besonderen Klagefristen festgestellt haben, kommen subsidiär diese allgemeinen Normen des O.-R. über die Verjährung der Währschaftsklagen zur Anwendung.

II. Verjährung der Einrede.

Art. 258, O.-R., bestimmt in bezug auf diese Einrede im Währschaftsrecht: „Auch die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel erlöschen, wenn die in Art. 246 vorgeschriebene Anzeige nicht innerhalb eines Jahres nach Ablieferung an den Käufer gemacht wird. Ist jedoch die Anzeige in dieser Weise erfolgt, so bleiben die Einreden bestehen."

Da kein einziges der kantonalen Viehwährschaftsgesetze diese Einrede erwähnt, so treten die diesbezüglichen Bestimmungen des O.-R., Art. 258, in entsprechender Weise subsidiär in die Lücke. Aus dem Art. 258, O.-R., können wir entnehmen, dass die Währschaftsansprüche ohne zeitliche Einschränkung durch Einrede geltend gemacht werden können, wenn die Voraussetzungen des Währschaftsrechtes insgesamt erfüllt sind. Aus der Anwendung dieses Grundsatzes auf die kantonalen Viehwährschaftsgesetze ergibt sich für jene Gesetze folgende Regelung:

1. Sofern die kantonalen Viehwährschaftsgesetze besondere Bestimmungen über Vornahme der Mängelrüge, über Rückbietung und über Untersuchung des Tieres aufgestellt haben, ist die Einrede ausgeschlossen, wenn eine dieser Voraussetzung nicht erfüllt ist. Sind aber alle Voraussetzungen erfüllt, ist die Einrede jederzeit zulässig.

2. Da nach dem Gesetze von Genf und Tessin die Anhebung der Währschaftsklage selber eine Voraussetzung zur Wahrung des Währschaftsanspruches bildet, so ist bei Unterlassung der rechtzeitigen Währschaftsklage auch die verteidigungsweise Geltendmachung des Währschaftsanspruches ausgeschlossen.

§ 24.

Das Recht auf Versteigerung des Tieres.

Eine weitere Eigentümlichkeit des Viehwährschaftsrechtes besteht in dem Rechte einer jeden Partei, *nach Anhebung des Rechtsstreites vom Richter die öffentliche Versteigerung des Tieres* verlangen zu können.

Diesbezügliche Bestimmungen finden sich im Konkordat, § 16, im Viehwährschaftsgesetz von Schaffhausen, § 19, im Viehwährschaftsrechte des Kantons Graubünden, C. G. B., § 346, und in den Viehwährschaftsgesetzen von Schwyz und St. Gallen, § 6. Nach dem Wortlaute dieser Gesetze, mit Ausnahme des Gesetzes von Graubünden, *muss* der Richter auf Begehren einer Partei die öffentliche Versteigerung des Tieres anordnen. Das Gesetz von Graubünden hat dagegen die wohl praktischere Bestimmung getroffen, dass der Richter auf Begehren einer Partei die Versteigerung anordnen *könne*.

Ganz radikal verfährt das Gesetz des Kantons Tessin, welches dem Richter die Pflicht auferlegt, von sich aus die öffentliche Versteigerung des Tieres anzuordnen, falls innert 14 Tagen nach stattgehabter Untersuchung der Rechtsstreit nicht beendet ist.

Diese Bestimmungen sind im Interesse der unterliegenden Partei in die Viehwährschaftsgesetze aufgenommen worden, da die Fütterungs- und Verpflegungskosten beim Grossvieh so erheblich sind, dass sie in nicht langer Zeit den Gesamtwert des mangelhaften Tieres erreichen können[1].

§ 25.

Die sogenannte Regressklage.

Besonders komplizierte Verhältnisse können bei der Gewährleistung für Mängel der veräusserten Sache eintreten, falls der Kaufgegenstand innert der Währschafts- oder Garantiefrist mehrmals den Eigentümer gewechselt hat. Z. B. A verkauft ein Tier an B unter gesetzlicher oder vertraglicher Gewährleistung; B veräussert das Tier innert derselben Währsschafts- oder Garantiefrist und mit der gleichen Garantie an C, C wiederum an D u. s. w.

Es ist nun selbstverständlich, dass durch Weiterveräusserung des Tieres durch den Käufer eine Änderung in der Natur des Rechtsverhältnisses gegenüber seinem Gewährsmanne in keiner Weise eintritt[2]. Dadurch stellen sich mit jeder Weiterveräusserung ebensoviele selbständige Rechtsverhältnisse zwischen den vertragsschliessenden Parteien ein. Zeigt sich ein Währschaftsmangel, so steht jedem Erwerber ein klagbarer Währschaftsanspruch gegenüber seinem Vordermanne zu, wenn nur die notwendigen Voraussetzungen zur Geltendmachung der Klage gegeben sind. Unter diesen Voraussetzungen sind im Viehwährschaftsrechte namentlich hervorzuheben, die Pflicht zur Vornahme der Mängelrüge und die Erfüllung der gesetzlichen Bestimmungen in bezug auf die Untersuchung des Tieres. Was die Mängelrüge anbetrifft, so bietet sich dem Empfänger einer Mängelanzeige keine Schwierigkeit, dieselbe auch gegenüber dem Vordermanne vorzunehmen. Handelt es

[1] Im gewöhnlichen Verkehr sagt man, dass das Tier sich selbst „auffresse".

[2] Bundesg. Entsch., Bd. VII, S. 56.

sich aber um die Betreibung der Untersuchung des Tieres innert einer festgesetzten Frist, so ist diese den interessierten Teilen ausser dem letzten Besitzer des Tieres teils unmöglich, teils mit Umständlichkeiten verbunden. Nach dem strengen Wortlaut der meisten Viehwährschaftsgesetze würde aber jeder Käufer zur Substanzierung seiner Klage gezwungen sein, den Beweis zu erbringen, dass *er, der Käufer, oder wenigstens sein Stellvertreter* für die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen in bezug auf die Untersuchung des Tieres Sorge getragen. Der Gesetzgeber hat, wie man annehmen muss, bei Aufstellung der Erfordernis der Untersuchung des Tieres innert einer bestimmten Frist, die komplizierten Fälle bei Weiterveräusserung des Tieres gar nicht im Auge gehabt. Wir können deshalb die Natur der Sache in dieser Frage entscheiden lassen. Dem rechtspolitischen Grund, weshalb das Requisit der rechtzeitigen Untersuchung des streitigen Tieres statuiert wurde, ist sicherlich Genüge geleistet, wenn das Tier *einmal* untersucht wird. Wir dürfen daher im Interesse einer praktischen Durchführung des Viehwährschaftsrechtes annehmen, dass der regressuchende Käufer den gesetzlichen Verpflichtungen zur Untersuchung des Mangels nachgekommen ist, wenn er beweisen kann, dass der letzte Eigentümer diese Verpflichtungen in gehöriger Weise erfüllt hat. In dieser Weise müssen wir einen Einfluss der Weiterveräusserung des Tieres auf das Rechtsverhältnis des Veräusserers zu seinem Vordermanne anerkennen.[1]

Mag man nun auch das Gesetz in bezug auf den Beweis der Voraussetzungen zu Gunsten des regressuchenden Käufers interpretieren, so entbindet das Gesetz denselben nicht von den Wirkungen der gesetzlichen Klagefrist. Eine eigentliche *Regressklage,* wonach der belangte Verkäufer auf Grund des ungünstigen Urteils ohne weiteres und innert einer neuen Klagefrist den Vordermann belangen kann, ist

[1] Dies gilt für das Konkordat, § 8; Viehwährschaftsgesetz von Schaffhausen, § 11; Graubünden C. G. B., § 346; Viehwährschaftsgesetze Schwyz und St. Gallen, Art. 5.

unsern schweizerischen Viehwährschaftsgesetzen unbekannt.[1] Ein jeder klagende Käufer muss sich die Einrede der Klageverjährung von seiten des belangten Verkäufers gefallen lassen, wie wenn das Tier vom Kläger nicht veräussert worden wäre.

Diese Fälle, in welchen aus dem Vorhandensein eines Mangels für mehrere sukzessive Veräusserer des Tieres ein Währschaftsanspruch gegenüber dem jeweiligen Gewährsmanne entsteht, mögen nun, so namentlich bei der Zusicherung für Trächtigkeit des Tieres, noch öfters vorkommen. So viele Ansprüche, so viele Prozesse werden in der Regel erforderlich sein, um den Gewährleistungsanspruch geltend zu machen, es sei denn, dass der einzelne Veräusserer den Anspruch gegenüber seinem Käufer anerkennt. Da nach Art. 253, resp. Art. 241, Abs. 3, der Käufer seinem Gewährsmanne mit dem Wandlungsanspruche auch den Ersatz der durch einen vorangehenden Prozess veranlassten gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten verlangen kann, ist zu begreifen, auf welche unverhältnismässige Höhe die Schadenersatzsumme durch diese nacheinanderfolgenden Klagen für den Beklagten schliesslich anwachsen kann.[2] Daraus ergibt sich das natürliche Bestreben jedes verurteilten Käufers, die Folgen des misslichen Prozesses auf den Gewährsmann abzuladen.

Mit der Minderungsklage kann ein Ersatz der im vorangegangenen Prozesse aufgelaufenen Prozesskosten nicht verlangt werden.[3]

In misslicher Lage befindet sich derjenige, welcher in einem Prozesse mit seinem Nachmanne verwickelt ist und

---

[1] Solche Regressklagen hatten z. B. die Gesetze von Württemberg und Baden, Art. 14; Hohenzollern, Art. 11; Bayern, Art. 9. Siehe auch Hachenburg über die Regressklage, S. 213—222.

[2] Siehe das Beispiel auf S. 59, Anm. 2.

[3] Unzutreffend ist deshalb ein Urteil des Obergerichtes Aargau vom 29. März 1881 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XVIII, S. 108) wegen Ansprüche aus Gewährleistung für Trächtigkeit einer Kuh, wonach dem Kläger neben dem Ersatz des Minderwertes von 170 Fr. noch die Erstattung der Prozesskosten im Betrage von Fr. 756.50 zugesprochen wurde, welche er seinem Nachmanne hatte zahlen müssen.

wegen nahen Ablaufes des Verjährungsfrist seinerseits den Anspruch gegenüber seinem Vordermanne geltend machen will. In einem Prozesse muss er jene Tatsachen leugnen, welche er in einem andern Prozesse zu gleicher Zeit beweisen muss.[1] Um dem Kläger in dieser schwierigen Lage zu helfen, hatte z. B. die bernische Gerichtspraxis die Streitverkündigung als Klageunterbrechungsgrund für das Viehwährschaftsrecht im Gegensatze zum Wortlaute der Gesetzestexte anerkannt.[2] Um diesen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, bestimmt die baslerische Landesordnung von 1813 in § 157: „Wer ein Stück Vieh (Schwein oder Schaf) verkauft und solches vor der im § 152 bestimmten Währschaftszeit wieder verkauft, soll den Regress auf seinen Verkäufer verloren haben und solchen nicht mehr belangen können, es mag sich an dem fraglichen Stück Vieh eine Krankheit äussern, welche da will."

Gerade wegen dieser eigentümlichen Verhältnisse bei der Regressklage wäre es auch angebracht, im Viehwährschaftsrechte eine besondere kürzere Verjährungsfrist aufzustellen, denn es liegt gewiss nicht im Interesse der Volkswirtschaft, die unproduktiven Prozesskosten noch zu vermehren.[3]

---

[1] Es ist schon der Versuch gemacht worden, wegen dieses eigentümlichen Verhältnisses einen Stillstand der Verjährung geltend zu machen, weil nach Art. 153, Z. 6, O.-R., der Anspruch vor einem schweizerischen Gericht nicht geltend gemacht werden könne. Siehe Urteil des Obergerichtes Bern vom 26. September 1895 (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXII, S. 350). Diese Auffassung ist falsch, da die Geltendmachung des Anspruches vor einem schweizerischen Gerichte faktisch möglich ist, wenn die *prozessrechtlichen* Voraussetzungen gegeben sind. Siehe Hafner, § 153, Anm. 4.

[2] Siehe Zeerleder, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXII, S. 356.

[3] Aus diesem Grunde ist auch der Versuch, eine eigene Regressklage einzuführen, vom rechtspolitischen Standpunkte aus abzulehnen. Vergl. aber Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XXXV, S. 290, Anm. der Redaktion. Dort wird für die Aufstellung einer Regressklage das Wort geführt.

III. Abschnitt.

Zusammenhang des Viehwährschaftsrechtes mit andern Rechtsmaterien.

I. Kapitel.

Irrtum beim Vertragsabschlusse und Gewährleistungspflicht.[1]

§ 26.

Status quæstionis.

Die hier aufgeworfene Frage ist ebenso theoretisch interessant als praktisch wichtig. Sie lautet:

Wird durch das Währschaftsrecht das Recht des Käufers zur Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrages wegen Irrtum beim Vertragsabschlusse für gewisse juristische Tatbestände, bei denen das Vorhandensein oder Fehlen von gewissen Eigenschaften der Sache ein Tatbestandselement bildet, ausser Kraft gesetzt oder nicht?

Zu einer eventuellen Einschränkung des Anfechtungsrechtes kann die Erwägung führen, *dass die Bestimmungen des Währschaftsrechtes spezielle Bestimmungen sind, denen die*

[1] In der schweizerischen juristischen Literatur ist diese Frage u. W. nirgends berührt worden. Zahlreicher sind die Äusserungen darüber in der Rechtsliteratur Deutschlands, z. B. *Hirsch u. Nagel,* S. 16; *Hachenburg,* S. 76 f.; *Windscheid,* Bd. II, S. 701 f.; Endemann, Bd. I, § 161, Anm. 37; *Staudinger,* Bd. II b, S. 68, g; idem, S. 82, 7; idem, S. 85, h; *Leonhard,* allgemeiner Teil des B. G. B., S. 496; *Lenel,* Irrtum über Eigenschaften, in Iherings Jahrbücher, Bd. 44, S. 7.

allgemeinen Bestimmungen über Irrtum überall da weichen müssen, wo sie mit jenen in Widerspruch treten.[1]

Die juristischen Tatbestände, bei denen das Vorhandensein oder Fehlen von gewissen Eigenschaften der Sache eine Voraussetzung für die Entstehung eines Rechtes ist, lassen sich — ohne Rücksicht auf das gegenseitige Verhältnis der in Frage kommenden Rechtsmaterien, worüber wir uns später entscheiden werden — in drei Gruppen einteilen:

Zur *ersten* Gruppe rechnen wir jene Tatbestände, für die die Rechtsmittel des Währschaftsrechtes gewährt werden, nicht aber ein Anfechtungsrecht[2] wegen Irrtum.

Zur *zweiten* Gruppe zählen wir diejenigen Tatbestände, bei denen dem Interessenten sowohl die Rechtsmittel des Währschaftsrechtes, als ein Anfechtungsrecht wegen Irrtum zur Verfügung stehen.

In der *dritten* Gruppe fassen wir jene Tatbestände zusammen, bei denen die Rechtsfolgen des Währschaftsrechtes nicht eintreten können, wohl aber diejenigen des Irrtums beim Vertragsabschlusse.

Die unter die erste Gruppe fallenden Tatbestände sind für unsere Frage irrelevant, da es ausser Zweifel steht, dass eine Einschränkung der Grundsätze über Nachwährschaft beim Kauf durch die allgemeinen Bestimmungen der Irrtumslehre nicht eintreten kann. Die Fälle, die in die zweite Gruppe einbegriffen sind, bieten wenig praktisches Interesse, da kein Käufer versucht sein wird, die Rechtsmittel des Art. 28 betreffend Irrtum beim Vertragsabschlusse für sich zu beanspruchen, wenn ihm die Rechtsmittel des Währschaftsrechtes offen stehen, denn nach Art. 28 kann er ausser Aufhebung des Vertrages keinen Schadenersatz verlangen wie bei der Wandelung, im Gegenteil kann er nach Art. 23 zur Schadloshaltung des Vertragsgegners gezwungen werden, wenn sein Irrtum ein unentschuldbarer war. Zudem muss

[1] *Hachenburg,* S. 77.

[2] Wenn wir hier von Anfechtungsrecht sprechen, verstehen wir darunter das Recht des Käufers zur Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrages.

er seinen Irrtum beweisen. Anders verhält es sich mit der dritten Gruppe. Auf die in dieser Gruppe zusammengefassten Tatbestände bezieht sich die in diesem Kapitel zu erörternde Frage. Im einzelnen umfasst diese Gruppe folgende Fälle:

1. Kann der Käufer zwar beweisen, dass Mängel der Kaufsache vorhanden sind, für die der Verkäufer von Gesetzes wegen haften muss, so kann sich der letztere der Haftung entschlagen, wenn er beweist, dass der Käufer diesen Mangel bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit kennen musste (Art. 245). Nicht so, wenn der Käufer sich auf die Grundsätze über Irrtum beim Vertragsabschlusse stützen kann. Die Rechtsmittel wegen Irrtum sind ihm nach Art. 23 nicht versagt, auch wenn der Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist.

2. Nach Art. 257 verjähren die Klagen aus dem Währschaftsrechte nach Ablauf eines Jahres nach *Ablieferung* der Sache an den Käufer. Nach Art. 28 verwirkt die durch den Irrtum beeinflusste Vertragspartei ihr Recht erst, wenn sie innert Jahresfrist nach der *Entdeckung* des Irrtums weder dem andern Teile offenbart, dass sie den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert. Es ist also möglich, dass noch nach der Verjährung der Währschaftsklage eine Anfechtung wegen Irrtums beim Vertragsabschlusse stattfinden kann.

3. Hat der Käufer wegen nicht rechtzeitiger Vornahme der *Mängelrüge* gemäss Art. 246 sein Recht verwirkt, so können ihm immer noch die Rechtsmittel der Art. 18 ff. wegen Irrtum zur Verfügung stehen, da dort eine Mängelrüge nicht erfordert ist.

4. Hat die Partei beim Vertragsabschlusse die Vereinbarung der *Gewährfreiheit* getroffen, so besteht diese mit Rücksicht auf die dispositive Natur der gesetzlichen Gewährleistungspflicht zu vollem Recht. Es kann sich aber fragen, ob nicht trotzdem der Verkäufer, sich auf seinen Irrtum stützend, den Vertrag anfechten kann.

5. Ganz besondere Wichtigkeit hat die in diesem Kapitel zu behandelnde Frage für den *Viehhandel*. Bekanntlich ist

durch die kantonalen Viehwährschaftsgesetze die gesetzliche Haftung des Käufers für Mängel der Sache teilweise oder ganz aufgehoben worden. Kann der Käufer bei Fehlen gewisser Eigenschaften der Kaufsache immerhin mit den Rechtsmitteln betreffend Irrtum den Schaden von sich abwenden? Diese Frage hat ihre Bedeutung schon bei den Gesetzen des deutsch-rechtlichen Systemes, in erhöhtem Masse aber bei denen des vertraglichen Systemes, da hier eine gesetzliche Haftung für Mängel überhaupt ausgeschlossen ist.

Aus diesen Erörterungen geht hervor, wie wichtig die schwebende Frage im Viehwährschaftsrecht für unsere schweizerische Verhältnisse ist. Diese Frage wird noch an Interesse gewinnen, falls das vertragliehe Währschaftssystem in der ganzen Schweiz eingeführt werden sollte.

§ 27.

Rechtsgrund der Gewährleistungspflicht.

Wenn wir nach dem **Rechtsgrund** *der Gewährleistungspflicht fragen, so wollen wir wissen, welche rechtlichen Vorstellungen dazu führten, dass die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel der Sache im Rechtssysteme ihren Eingang gefunden.*

I. In der juristischen Literatur finden wir darüber mehrere Ansichten vertreten.

1. Eine originelle Auffassung über den Rechtsgrund der Gewährleistungspflicht verteidigt *Leonhard* in seinem Werke: Der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach römischem Recht, Berlin 1882. Er sagt auf S. 211, Anm. 2, anfangs wörtlich; „So haftet der Verkäufer für heimliche Mängel, weil die meisten Verkäufer deren Vorhandensein **verschulden** und zur Vermeidung von Ausflüchten seitens dieser Personen auch von den andern gilt: Mitgegangen, mitgefangen.“ Diese Ansicht ist aber abzulehnen, da in den meisten Fällen diese Schuldvermutung offensichtlich nicht zutrifft. Ist es doch oft gerade eine Voraussetzung für die

Erheblichkeit der Mängel, dass sie ihrer Natur nach verborgen sind, so namentlich bei den sogenannten Hauptmängeln.[1] Die Ansicht Leonhards wird auch von keinem andern Schriftsteller geteilt.

2. Andere Juristen glauben, dass bei der Festlegung der Währschaftsbestimmungen die rechtliche Vorstellung massgebend war, dass mit dem Kaufabschlusse ohne gegenteilige Vereinbarung der Verkäufer so zu behandeln sei, wie wenn er beim Kaufabschlusse für die Mängel der Sache eine **Garantie** vertraglich übernommen hätte, das heisst der Grund der Gewährleistungspflicht sei *der gesetzlich ausgelegte Kaufvertrag*.[2] Die Folge dieser Vorstellung ist, dass der Inhalt der Währschaftsnormen ungefähr mit dem übereinstimmt, was die Parteien im Durchschnitt vereinbaren würden, wenn sie den Inhalt der Währschaftspflicht näher regeln würden.

3. Eine dritte Ansicht geht darauf hinaus, dass die Bestimmungen über die gesetzliche Gewährleistung in erster Linie den Rechtszweck verfolgen, dem Käufer zu Hilfe zu kommen, falls er sich zur Zeit des Kaufabschlusses über die Beschaffenheit der Sache im **Irrtum** befand. Es würden sich nach dieser Auffassung die Währschaftnormen als eine Weiterentwicklung der allgemeinen Lehre von der Bedeutung des Irrtums beim Vertragsabschlusse darstellen.[3] Die Konsequenz dieser Annahme liegt auf der Hand. Sind die Normen über Nachwährschaft beim Kauf eine nähere Ausführung der Bestimmungen über Irrtum beim Vertragsabschlusse, so werden diese allgemeinen Bestimmungen für das ganze rechtliche Anwendungsgebiet[4] der Währschaftsnormen durch diese letzteren ersetzt.

[1] Siehe S. 88.

[2] Hanausek, Bd. I, S. 2, Zeile 5—10 und Bd. II, S. 183 f.; Windscheid, Bd. I, § 78, Anm. 3; Endemann, Bd. I, § 161 Anm. 37.

[3] Diese Ansicht wird mit Nachdruck von Hachenburg verteidigt, S. 1 ff., S. 175 ff.; der gleichen Meinung ist Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, S. 115 und S. 358 f.

[4] Unter das rechtliche Anwendungsgebiet einer Gesetzesbestimmung fassen wir alle Tatbestände zusammen, welche durch den betreffenden

II. Ob diese letztere Ansicht für das gemeine Recht zutreffend ist oder nicht, wollen wir dahingestellt sein lassen. Wir wollen nur bemerken, dass schon aus der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Gewährleistungsfrist im römischen Recht sich nachweisen lässt, dass die Garantietheorie dem Gesetzgeber vorschwebte. Das jus civilie kannte nur eine Haftung für dolus oder für besondere Garantieleistung. Das edictum aedile nötigte den Verkäufer zu einer Garantiestipulation für die im Edikt bezeichneten Mängel. Die Rechtsfolgen der nachträglichen Verweigerung dieser Stipulation durch den Verkäufer war die, dass der Kauf innert zwei Monaten vom Kaufabschlusse an gerechnet die actio redhibitoria anstrengen konnte.[1] Sei dem aber wie es wolle, dem Geiste unseres schweizerischen O.-R. entspricht die Irrtumstheorie aus folgenden Gründen nicht:

1. Die Art. 243 — 259, O.-R., tragen die Überschrift: „*Gewährleistung* wegen Mängel der Kaufsache". Das Gesetz stellt sich also auf den Standpunkt, dass der Verkäufer mit dem Kaufabschlusse eine *Gewähr* übernommen habe. Wäre dem nicht so, müsste die Überschrift etwa lauten: Anfechtung des Vertrages wegen *Irrtum* über Mängel der Kaufsache.

2. Wäre der Irrtum der Rechtsgrund der gesetzlichen Gewährleistungspflicht, so müsste der Käufer zur Begründung seines Währschaftsanspruches *den Irrtum beweisen*.[2] Aus dem Wortlaute des Art. 245 ist aber zu entnehmen, dass die Kenntnis des Käufers von dem Vorhandensein des Mangels zur Zeit des Kaufabschlusses wohl die Haftpflicht beseitigt, dass aber die Beweislast den Verkäufer trifft.

3. Je nachdem für das Gesetz die Irrtums- oder Garantietheorie massgebend war, wird auch die Regelung der Rechts-

Rechtssatz geregelt werden, sei es nun, dass die Rechtsmittel gewährt werden oder nicht. Z. B.: Auch auf unerhebliche Mängel kommen die Bestimmungen über Nachwährschaft beim Kauf zur Anwendung, allerdings dadurch, dass die Rechtsmittel des Währschaftsrechtes versagt werden.

[1] Bechmann, Bd. I, S. 401 f.; Hanausek, Bd. I, S. 21; Hachenburg, S. 1, Anm. 1.

[2] Hanausek, Bd. II, S. 185.

folgen eine verschiedene sein. Wir können deshalb aus der Regelung der Nachwährschaftspflicht beim Kauf im O.-R. auf die Anschauungsweise des Gesetzes einen Schluss ziehen. Gemäss Art. 253 hat der Verkäufer bei Rückgängigmachung des Kaufes den Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies dem Käufer den *Schaden* ersetzen, welchem der demselben durch Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist. Die Bestimmung harmoniert offenbar nicht mit der Irrtumstheorie, *denn welchen Rechtszweck könnte auch der Grundsatz verfolgen, dass der Verkäufer auf Grund einer irrigen Vorstellung des Käufers zur Schadloshaltung desselben verpflichtet wäre?*

Wir sind also berechtigt, für das schweizerische O.-R. die Garantietheorie zu akzeptieren.

§ 28.

Berührungspunkte zwischen dem rechtlichen Anwendungsgebiete der Normen über Irrtum und demjenigen der Bestimmungen über Nachwährschaft beim Kauf.[1]

I. Die Bestimmungen über Irrtum beim Vertragsabschlusse enthalten in Art. 18, O.-R., den allgemeinen Grundsatz, dass der Vertrag für denjenigen Teil unverbindlich ist, welcher sich beim Abschluss desselben in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Im Art. 19 werden vier Fälle aufgezählt, bei welchen der Irrtum insbesondere ein wesentlicher ist. Diese Fälle umfassen den *error in negotio,* Art. 19, Abs. 1, den *error in corpere,* Art. 19, 2., den error in substantia, Art. 19, Abs. 3, und den *error in quantitate,* Art. 19, Abs. 4. Der Art. 20 enthält noch eine Bestimmung über den *error in persona.* Wir wollen nun sehen, welche von diesen Fällen für obige Untersuchung in Betracht fallen.

[1] Wir betrachten auch hier die Natur der beiden Rechtsmaterien ohne Rücksicht auf die Entscheidung der schwebenden Frage.

1. Die Fälle des *error in negotio* und des *error in persona* können mit dem juristischen Tatbestande der Art. 243 ff. über Gewährleistung bei Mängel der Kaufsache keine Berührungspunkte aufweisen.

2. Beim *error in corpore* ist der Wille des Irrenden auf eine andere Sache gerichtet, als der Wille des andern Teiles (Art. 19, Abs. 2). Z. B. A handelt mit B über den Ankauf eines Pferdes. A denkt an das Pferd Mora, B glaubt, es sei das Pferd Dora. B kann das Geschäft anfechten, wenn er tatsächlich die Mora anstatt der Dora gekauft hat. Wir können aber nicht sagen, dass bei diesem Tatbestande der Käufer die Wandelungs- oder Minderungsklage anstellen kann, denn es ist nicht ein objektiver Mangel einer individuell bestimmten Sache, dass sie nicht eine andere individuell bestimmte Sache ist.[1] Anders verhält es sich, wenn der Verkäufer zugesichert hat, dass die verhandelte Sache eine bestimmt bezeichnete individuelle Sache sei. In diesem Falle kann neben der Anfechtung wegen Irrtum auch die Wandelung oder Minderung zugelassen werden, denn es ist ein Mangel im weiteren Sinne, dass die gekaufte Sache nicht eine andere Sache ist.

3. Beim *error in quantitate* kann der Irrende den Vertrag anfechten, wenn er irrtümlich eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange hat versprechen lassen als es sein Wille war. Wir müssen nun theoretisch zugeben, dass das Vorhandensein objektiver oder subjektiver Quantitätsmängel als Voraussetzung für die Zulassung des Wandelungs- oder Minderungsanspruches gelten können.[2] Praktisch genommen, werden aber solche Fälle selten vorkommen, dies namentlich im Viehhandel. Es hält überhaupt schwer, ein diesbezügliches Beispiel für den Viehhandel sich zu denken. Als Beispiel möge etwa folgendes gelten: Ein Käufer lässt sich beim Kauf die Garantie dafür leisten, dass das gekaufte Tier 400 kg wiegt.

[1] Vergl. Staudinger Bd. II b, § 459, II., 6.
[2] Siehe Staudinger, Bd. II b, § 459, II., 3., b.

Ist das Tier tatsächlich nur 200 kg schwer, so stehen dem Käufer die Rechtsmittel des Währschaftsrechtes zu Gebote. Auch die Anfechtung wegen Irrtum ist nicht ausgeschlossen, denn er hat sich eine Leistung von erheblich geringerem Umfange versprechen lassen, als es sein Wille war.

Nicht zu verwechseln mit dem Irrtum über die Quantität ist der Irrtum über den Wert der Leistung. Dieser letztere ist gemäss Art. 24 nicht als wesentlicher Irrtum anzusehen. Wenn z. B. ein Pferd für 900 Fr. gekauft wurde und es infolge von Mängeln nur mehr 300 Fr. wert ist, so ist dies ein Grund zur Wandelung oder Minderung des Kaufvertrages, nicht aber zur Anfechtung wegen Irrtum.

4. Die meisten Berührungspunkte zwischen dem rechtlichen Anwendungsgebiet der Normen über Irrtum beim Vertragsabschlusse und denjenigen des Währschaftsrechtes werden wohl bei den juristischen Tatbeständen des Art. 19, Abs. 3, zu finden sein. Art. 19, Abs. 3, lautet: *Der Irrtum ist insbesondere ein wesentlicher, wenn die vorausgesetzten Eigenschaften der Sache so erheblich sind, dass dieselben, je nachdem diese Eigenschaften vorhanden sind oder fehlen, im Verkehr zu einer ganz verschiedenen* **Art** *oder* **Gattung** *von Gütern gerechnet wird.*

Der Gesichtspunkt für die Einteilung der Sachen in Arten und Gattungen ist ein zweifacher. *Erstens* einmal adoptiert der Verkehr die *naturgeschichtliche* Einteilung der Dinge nach Gattungen und Arten. Dies ist namentlich bei den Lebewesen der Fall. Z. B.: Der Unterschied zwischen einem Maultier und einem Pferd wird in gewissen Fällen unter dem Gesichtspunkte der Tauglichkeit zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse ein sehr geringer sein; beide leisten vielleicht den gleichen Dienst und doch ist kein Zweifel, dass diese beiden Sachen im Verkehr zu einer verschiedenen Gattung oder Art gehören. Der *zweite* Gesichtspunkt für die Einteilung der Sachen bietet die *Tauglichkeit derselben zur Befriedigung der verschiedenen menschlichen Bedürfnisse.* Nach diesem Einteilungsprinzip klassifizieren sich namentlich alle Dinge, die durch menschliche Tätigkeit

gerade zur Befriedigung bestimmter menschlicher Bedürfnisse tauglich gemacht werden. Wie mit dem Fortschreiten der Kultur neue menschliche Bedürfnisse auftauchen oder vielmehr entdeckt werden und die alten sich ändern, so entstehen auch für den Handel immer neue Gattungen und Arten von Waren. Als oberster Richter über die Art- oder Gattungszuhörigkeit eines Dinges entscheidet der Verkehr. Wir wollen nun untersuchen, welche Gattungen und Arten im Viehhandel etwa unterschieden werden können.

a. *Naturgeschichtlich* lassen sich für den Viehhandel ebensoviele Gattungen aufzählen, als solche nach Art. 890, O.-R., dem kantonalen Viehwährschaftsrechte vorbehalten sind: Pferde, Esel, Maulesel, Rindvieh, Schafe, Ziegen und Schweine. Eine weitere Einteilung kann aus dem Gesichtspunkte des verschiedenen Geschlechtes der einzelnen Individuen einer bestimmten Gattung eintreten: Hengste, Stuten, Stiere, Kühe etc.

b. Gemäss der *Tauglichkeit* der einzelnen Tiergattung des Viehhandels *zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse,* lassen sich innert der bereits genannten Gattungen noch weitere Arten unterscheiden, z. B. bei den Pferden: Reitpferde, Zugpferde, Zuchthengste; beim Rindvieh: Zuchtstiere, Milchkühe etc. Darüber zu entscheiden, wieweit die Artunterscheidung gehen kann, ist dem Verkehr vorbehalten, ebenso die Entscheidung der Frage, wann nach Art. 19, Abs. 3, eine Sache *ganz* anderer Art vorliegt als diejenige, die dem irrenden Kaufer dem Geiste vorschwebte.

Wir behaupten nun, dass zum Anwendungsgebiete des Art. 19, Abs. 3, einzig diejenigen Tatbestände gehören, bei denen es auf das Vorhandensein oder Fehlen solcher Eigenschaften ankommt, **welche für die Art oder Gattungszugehörigkeit der betreffenden Sache entscheidend sind.**[1] Soweit bei den juristischen Tatbeständen andere Eigenschaften der Sache in Frage kommen, gehören diese Tatbestände einzig dem rechtlichen Anwendungsgebiete der Währschaftsnormen an, ausser etwa in den seltenen Fällen, wo sie

[1] Vergl. Dernburg, B. R., Bd. II$_2$, S. 72.

auch in das rechtliche Anwendungsgebiet des Art. 19, Abs. 2, und des Art. 19, Abs. 4, fallen können. Beispiele: Ein Pferd wird als Reitpferd verkauft, es zeigt sich, dass es überhaupt den Sattel nicht verträgt. Das Pferd kann infolge Fehlens dieser Eigenschaft im Verkehre nicht mehr als Reitpferd bezeichnet werden. Der Vertrag kann vom Käufer wegen Irrtum angefochten werden. Anders, wenn das Pferd gut zugeritten war, aber infolge Fehlens von Eigenschaften, welche nicht die Artzugehörigkeit betreffen, z. B. etwa wegen Dämpfigkeit fast wertlos ist. Hier liegt die Artzugehörigkeit ausser Zweifel. Das Pferd ist ein Reitpferd, aber ein mit Mängel behaftetes Reitpferd. Die Anfechtung wegen Irrtum ist ausgeschlossen. Ähnlich verhält es sich z. B. beim Ankaufe eines Zuchtstieres.[2] Ist das Tier sonst gesund, fehlt ihm aber die Begattungsfähigkeit, dann kann es nicht mehr als Zuchtstier angesehen werden. Die Anfechtung wegen Irrtums ist gegeben. Fehlt aber dem Zuchtstier die Begattungsfähigkeit nicht, wohl aber sind andere Mängel vorhanden, so bleibt das Tier ein Zuchtstier, aber allerdings ein mit Mängel behafteter. Denn es wird schwer halten, mangelhafte Zuchtstiere als zu einer besonderen Gattung von Waren im Verkehr gehörend, darzustellen. Schwierigkeiten bietet die Feststellung, ob und wann die Tatbestände, bei denen das Vorhandensein oder Fehlen gewisser Eigenschaften von gekauften Schlachttieren eine Rolle spielt, unter den Art. 19, Abs. 3, zu subsumieren sind oder nicht. Z. B.: Zeigen sich beim Schlachten eines grossen Schlachtochsen solche Fehler, die die Verkäuflichkeit des Fleisches ausschliessen, so kann sich fragen, ob das Tier wegen dieser Mängel überhaupt noch zu der Kategorie von Schlachtochsen gezählt werden kann, oder ob es ein mangelhafter Schlachtochse ist. Für die Entscheidung dieser Frage wird die Anschauung des Verkehres massgebend sein, also de facto bei einer richterlichen Entscheidung die Ansicht des Richters über die Verkehrsan-

[2] Vergl. den Schlussteil der Anm. auf S. 126 betreffend den Irrtum über die Eigenschaften eines Zuchthengstes.

anschauung. Es wäre also dem Sinne des Art. 19, Abs. 3, nicht zuwiderlaufend, wenn sich die Anwendung der Rechtsmittel wegen Irrtum beim Vertragsabschlusse auch bei gewissen Arten von Schlachttieren in der Rechtspraxis durchringen würde.

II. Wir haben nun durch unsere Untersuchung gefunden, dass es eine grosse Zahl von Rechtsfälle gibt, welche *nur* von den Grundsätzen über Nachwährschaft beim Kauf beherrscht werden, bei denen der Irrtum nicht als Vertragsauflösungsgrund in Frage kommen kann.

Aber auch bei jenen Tatbeständen, welche in das Rechtsanwendungsgebiet *beider* Rechtsmaterien fallen, ist der Gesichtspunkt, nach dem das Vorhandensein oder Fehlen von gewissen Eigenschaften der Sache betrachtet wird, für beide Gebiete nicht der gleiche. Dies tritt am offensichtlichsten bei einer Vergleichung des juristischen Tatbestandes des Art. 19, Abs. 3, mit demjenigen des Art. 243 ff. zu Tage. Stützt sich der Käufer auf die Rechtsgrundsätze über Nachwährschaft beim Kauf, so behauptet er, es sei ein *Mangel,* dass gewisse Eigenschaften der Sache fehlen. Ob diese Eigenschaften für die Artzugehörigkeit bestimmend sind oder nicht, kümmert ihn nicht. Will der Käufer den Vertrag wegen seines Irrtums anfechten, so sagt er, die Sache sei eine Sache anderer *Art,* als er in Wirklichkeit kaufen wollte. Die Mangelhaftigkeit der Sache berührt ihn weder im allgemeinen noch mit Rücksicht auf den Vertrag. Beispiel: A. kauft ein Pferd von B. und lässt sich zusichern, dass das Tier ein Maultier sei, in Wirklichkeit ist es aber ein Pferd, dass mit einem Maultier grosse Ähnlichkeit hat. Stützt sich der Käufer bei seinem Anspruch auf die vertragliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers, so behauptet er, es sei ein Mangel des Pferdes, dass es kein Maultier sei. Will der Käufer aber infolge seines Irrtums den Vertrag anfechten, so sagt er nur, es sei das Tier anderer Art, als er kaufen wollte. Der Begriff der Mangelhaftigkeit schwebt ihm nicht vor. Zu ähnlichen Resultaten würde eine Betrachtung über das gemeinsame rechtliche

Anwendungsgebiet der Normen über error in quantitate und error in corpore mit den Bestimmungen über Nachwährschaft beim Kauf führen.

Diese Gegensätze fussen aber in letzter Linie auf dem verschiedenen *Rechtsgrund* der beiden Rechtsmaterien. Beim Anfechtungsrecht wegen Irrtum ist es eben der Irrtum, der Veranlassung gegeben hat, ein Recht dem Irrenden zu gewähren, beim Währschaftsrecht aber die beim Vertrage wirklich stattgefundene oder gesetzlich hinzugedachte Gewährleistung durch den Verkäufer.

§ 29.

Lösung der im § 26 gestellten Frage.[1]

Mit Rücksicht auf die in dem vorigen Paragraph gewonnenen Resultate kommen wir dazu, die Frage zu *verneinen*. Das entscheidende Motiv dazu bietet die Betrachtung über den *Rechtsgrund der Gewährleistungsfrist nach O.-R.* Denn da das Gesetz weder direkt noch indirekt auf die schwebende Frage eine bejahende Antwort gibt, so könnte einzig der allgemeine Rechtsgrundsatz noch eine Rolle spielen, *dass die speziellen Bestimmungen bei Kollision mit allgemeinen Bestimmungen den letzteren vorgehen müssen.*

[1] Vergl. für das D. B. G. B.: Endemann, Bd. I, S. 1009, Anm. 37: „Anfechtung wegen Irrtum setzt nach § 119, 2, eine im Verkehr wesentliche Eigenschaft voraus. Es wird behauptet, dass der Begriff der wesentlichen Eigenschaft durch § 482 massgebend auf die Hauptmängel beschränkt sei. So Schneider 173, Meisner 10, Stölzle, J W S. 30, S. 708. Das Gesetz gibt dafür meiner Einsicht keinen Anhalt: die angerufenen Protokolle, I, 671, behandeln diesen Fall nicht. Innere Gründe sprechen dagegen. Die Anfechtung bezieht sich auf die bindende Kraft des Vertragsschlusses, § 482 dagegen auf eine gesetzliche Vertretungspflicht auf Grund eines wirksamen Vertrages; Zweck und Rechtserfolg beider sind durchaus verschieden und darum darf keineswegs von den Voraussetzungen des einen Anspruches auf die des andern Rechts geschlossen werden. Warum soll A., der einen Hengst in der Meinung kauft, er sei Vollblut und als Beschäler auf seinem Gestüt geeignet, den Kaufvertrag nicht anfechten dürfen, wenn jene Annahmen sich als unrichtig erweisen? Gegen den Missbrauch schützt ausreichend § 122."

Dieser Grundsatz kann aber sicherlich nur dann angewendet werden, wenn es sich um gleiche Rechtsmaterien handelt. Nun haben wir aber im Paragraphen über den Rechtsgrund der Gewährleistungspflicht nachgewiesen, dass dem Währschaftsrechte im O.-R. die Garantietheorie zu Grunde lag. Für die Irrtumslehre ist offenbar der Irrtum der Rechtsgrund des Anfechtungsrechtes gewesen. Es handelt sich also bei der vorliegenden Frage um zwei Rechtsgebiete, die mit einander entferntere Verwandtschaft aufweisen können, die aber mit einander nicht identisch sind. Dadurch ist auch die Anwendbarkeit des obigen Rechtsgrundsatzes ausgeschlossen.

Durch die Verneinung der Frage für das O.-R. ist auch die Schwierigkeit gelöst, ob vielleicht im Viehwährschaftsrechte durch die bezüglichen kantonalen Gesetze die Bestimmungen des O.-R., betreffend den Einfluss des Irrtums beim Vertragsabschlusse auf den Bestand des Rechtsgeschäftes, irgendwie ausser Kraft gesetzt werden könnten. Auch wenn die Kantone in den Viehwährschaftsgesetzen diese Ansicht kundgegeben hätten — was tatsächlich nicht der Fall ist — so hätten sie damit ihre in dem Art. 890 gegebene Kompetenz überschritten, da diese nur das Währschaftsrecht betrifft und eine Absicht des O.-R., auch bezüglich des Anfechtungsrechtes wegen Irrtum beim Vertragsabschlusse eine Kompetenz zu übertragen, aus dem Zusammenhange des O.-R. gar nicht hervorgeht.

Die Zulassung eines Anfechtungsrechtes wegen Irrtum verursacht, wie aus den Ausführungen des vorigen Paragraphen zu folgern ist, auch in der Praxis keine Schwierigkeiten. Im Gegenteil ist sie geeignet, den extremen Standpunkt der vertraglichen Viehwährschaftsgesetze zu mildern. Zudem betreffen die Mängel, die nach den Tatbeständen des Art. 18 ff. in Frage kommen, nicht diejenige Kategorie von Fehlern, deretwegen eine gesetzliche Haftung für Mängel der Sache im Viehwährschaftsrechte ausgeschlossen worden ist.[1]

[1] Es sind dies die verborgenen Krankheiten.

Ob die Parteien durch die Vereinbarung der Gewährfreiheit auch eine Anfechtung wegen Irrtum ausschliessen wollten — soweit man dann überhaupt noch von einem Irrtum sprechen kann —, ist Sache der Auslegung des Vertrages.[1] Ebenso verhält es sich, wenn eine Vertragspartei bei einem Kaufvertrage, der unter das Herrschaftsgebiet eines Währschaftsgesetzes des vertraglichen Systemes fällt, noch ausdrücklich erklärt, er hafte nicht für die und die Mängel. Im Zweifel wird man auf Grund der vorigen Ausführungen für die Zulassung des Anfechtungsrechtes wegen Irrtum sich entscheiden müssen.

II. Kapitel.

Schuldhaftes Verhalten des Verkäufers beim Vertragsabschlusse und Gewährleistungspflicht.

§ 30.

Akzessorische Wirkungen des schuldhaften Verhaltens des Verkäufers auf die Gewährleistungspflicht desselben im Viehwährschaftsrecht.

I. Im II. Abschnitte haben wir die Rechtsfolgen der gesetzlichen und vertraglichen Gewährleistungspflicht betrachtet, abgesehen von einem schuldhaften Verhalten des Verkäufers beim Kaufabschlusse. Kann dem Verkäufer ein bestimmtes schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden, so wird aus diesem Grunde seine Haftung aus der Gewähr-

[1] Vergl. Windscheid, Bd. II, S. 702: „Richtig ist auch (R. G., J W S., XXXIV, S. 79, Nr. 16), dass die Anfechtung wegen Irrtum ausgeschlossen ist, wenn vertragsmässig auf Mängelgewähr verzichtet wurde".

leistungspflicht, wie sie in den Art. 243—259, O.-R., geregelt ist, *verschärft*. Der Verkäufer hat zwar nach wie vor *nur* gemäss Art. 243, O.-R., für alle Zusicherungen und für jene Fehler der Kaufsache aufzukommen, welche deren Wert oder die Tauglichkeit derselben zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern, aber in der übrigen Regelung des Währschaftsrechtes treten bei schuldhaftem Verhalten des Verkäufers zu seinen Ungunsten folgende Änderungen ein:

1. Der Käufer ist nach Art. 247 behufs Wahrung seines Währschaftsanspruches zur Vornahme der Mängelrüge nicht verpflichtet, falls der Verkäufer ihn *„absichtlich getäuscht"* hat.

2. Der Verkäufer kann sich nach Art. 259 für den Fall, dass er den Käufer *„absichtlich getäuscht"* hat, weder auf die einjährige Verjährungsfrist des Art. 257, noch auf die Beschränkung der Einrede des Käufers nach Art. 258 berufen. Es gilt denn auch für die Wandelungs- oder Minderungsklage die 10jährige Frist des Art. 146, eventuell die 5jährige Frist des Art. 147.

3. Art. 253, O.-R., verweist für die Festsetzung des Umfanges des Wandelungsanspruches auf Art. 241 und dieser Artikel wieder auf Art. 116, O.-R. Im Art. 116, Abs. 3, heisst es, dass bei *„schwerem Verschulden"* der Richter nach seinem freien Ermessen darüber entscheidet, ob ein weiterer Schadenersatz zu leisten ist. Da nun nach Art. 116, Abs. 1, die ersatzpflichtige Partei jedenfalls den *unmittelbar* voraussehbaren Schaden zu ersetzen hat, so wird sich dieser weitere Schadenersatz des Art. 116, Abs. 3, auf den *mittelbaren* Schaden beziehen. Der Käufer kann demnach mit der Wandelungsklage auch den Ersatz des *mittelbaren* Schadens verlangen, wenn er ein *schweres* Verschulden des Verkäufers nachweisen kann. Unter schwerem Verschulden ist nach dem Sprachgebrauche des O.-R. rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zu verstehen. Dies geht aus dem Wortlaute des Art. 114 hervor, wo rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit dem Begriffe des leichten Verschuldens gegenübergestellt werden.

4. Nach Art. 244 ist die Vereinbarung der Gewährfreiheit ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel *„arglistig verschwiegen“* hat.

Aus dieser Darstellung ersehen wir, *dass nach Währschaftsrecht bei schuldhaftem Verhalten des Verkäufers die Haftung desselben aus der Gewährleistungspflicht bei Vorhandensein der Voraussetzungen des Art. 243 wohl verschärft wird, dass aber dieses schuldhafte Verhalten* **für sich allein,** *soweit nur die Grundsätze der Art. 243—259, O.-R., betrachtet werden, noch keine Rechtswirkungen zu erzielen vermag.* Mit andern Worten, die Wirkungen des schuldhaften Verhaltens des Verkäufers beim Vertragsabschlusse sind nach Art. 243 bis 259, O.-R., **akzessorischer** Natur.

II. Diese Tatsache hat seine Bedeutung für die Entscheidung der Frage, ob die durch die kantonalen Viehwährschaftsgesetze aufgestellten Beschränkungen der allgemeinen Gewährleistungspflicht auch für den Fall des schuldhaften Verhaltens des Verkäufers angewendet werden sollen. Prinzipiell müssen wir annehmen, dass nach Art. 890 den Kantonen die Kompetenz dazu gegeben ist, weil diese Bestimmungen über das schuldhafte Verhalten des Verkäufers innert den Art. 243—259, welche die gemeinsame Überschrift tragen: Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache, zu finden sind.

1. Nur 6 Kantone, resp. Halbkantone, haben zu dieser Frage Stellung genommen. Die Viehwährschaftsgesetze der Kantone *Schwyz, St. Gallen, Obwalden* und *Appenzell I.-Rh.* enthalten die Bestimmung, dass bei *„absichtlicher Täuschung“* keine Einschränkung der Gewährleistungspflicht eintreten solle, dass vielmehr der Verkäufer nach O.-R. hafte. Das gleiche bestimmt das Gesetz des Kantons *Neuenburg,* nur dass neben der absichtlichen Täuschung dort noch von *„arglistigem Verschweigen“* die Rede ist. Nach dem Gesetze des Kantons *Appenzell A.-Rh.* finden im Viehverkehr die durch jenes Gesetz aufgestellte Beschränkungen der Gewährleistung gegenüber *„betrügerischen Handlungen“* keine Anwendung.

Es erhebt sich hier die interessante Frage, *wie es mit diesem Vorbehalte der Bestimmungen des O.-R. bestellt ist, wenn ein Gesetz die schrtftliche Form für das Gewährleistungsversprechen stipuliert,* wie dies beim Gesetze von *Obwalden* der Fall ist? Welchen Einfluss hat die mündliche Zusicherung auf den Tatbestand der absichtlichen Täuschung? Z. B. A verkauft dem B ein Pferd und versichert ihn des Bestimmtesten, dass es nur 7 Jahre alt sei! Eine schriftliche Fixierung der Zusicherung unterlässt man. Nachher zeigt sich, dass das Pferd 14 Jahre alt ist. Kann der Käufer, gestützt auf den in dem Viehwährschaftsgesetz gemachten Vorbehalt betreffend Betrug, nach O.-R. den Kauf rückgängig machen oder Minderung verlangen? Liegt absichtliche Täuschung vor?

Einerseits sagt das Gesetz, dass ohne *schriftliche Zusicherung* überhaupt keine Haftung des Verkäufers eintrete. Ist aber deswegen jede *mündliche Zusicherung* als nichtgeschehen zu betrachten? Ohne diese mündliche Zusicherung kann man kaum von absichtlicher Täuschung reden, denn der Verkäufer war wohl nicht verpflichtet, das Alter des Tieres ohne Anfrage anzugeben.

Andererseits drängt sich einem die Überzeugung auf, dass der Käufer de facto in krasser Weise betrogen worden ist. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass der Tatbestand der absichtlichen Täuschung vorliege, so bestimmen sich die Gewährsmängel nach dem Art. 243, O.-R. Nach diesem Artikel muss es aber als ein Gewährsmangel angesehen werden, wenn die mündlich gemachten Zusicherungen sich nicht bewahrheiten. Man käme also zum Schlusse, dass auch bei den Gesetzen des schriftlichen Vertragssystemes die mündlichen Zusicherungen dann relevant sind, wenn der Verkäufer von dem Vorhandensein des Mangels Kenntnis hatte.

Wir haben im § 1 unter III. das vertragliche Währschaftssystem als ein vom Standpunkte der Rechtsmoral schwer zu rechtfertigendes hingestellt. Wir müssen, von der gleichen Auffassung ausgehend, im Interesse der Rechtsmoral uns dafür entscheiden, *dass auch bei den Gesetzen*

des schriftlichen Vertragssystemes die mündliche Zusicherung bei Kenntnis des Mangels eine absichtliche Täuschung involviert. Oder sollte man etwa das Vertrauen, das der Käufer dem Verkäufer entgegenbringt, von Gesetzes wegen zu schanden machen? Das hiesse bei der Untergrabung von Treu und Glauben im Verkehr von Gesetzes wegen Beihilfe leisten.

2. Mit Ausnahme der obgenannten Gesetze schweigen sich die kantonalen Viehwährschaftsgesetze über die schwebende Frage aus. Gemäss dem im § 6 dieser Abhandlung aufgestellten Grundsatze der Subsidiarität der obligationenrechtlichen Währschaftsbestimmungen für das Viehwährschaftsrecht, kommen wir zum Resultate, dass die in den Art. 243—259 vorkommenden Bestimmungen über den Einfluss des schuldhaften Verhaltens des Verkäufers auf die Gewährschaftspflicht für die kantonalen Gesetze *subsidiär* in Anwendung kommen. *Infolge der akzessorischen Natur dieser Bestimmungen aber entfalten dieselben* **nur** *dann ihre Wirkungen, wenn bereits nach den gewöhnlichen Voraussetzungen des kantonalen Viehwährschaftsrechtes ein Währschaftsmangel überhaupt vorliegt.*

Es ist nun aus den früheren Ausführungen bekannt, dass nach den Gesetzen des deutsch-rechtlichen Systemes ohne besondere Zusicherung der Verkäufer nur für einige wenige im Gesetze genau genannte Mängel aufzukommen hat und dass er nach dem vertraglichen Währschaftssysteme ohne Garantieleistung überhaupt für keine Fehler der Kaufsache einstehen muss. Soweit die gesetzliche Gewährleistungspflicht in Frage kommt, wird demnach die subsidiäre Anwendung der fraglichen Bestimmungen bei den Gesetzen des deutschen Währschaftssystemes nur in wenigen Fällen, bei den Gesetzen des vertraglichen Währschaftssystemes überhaupt nie zutreffen. Z. B. A hat ein krankes Pferd. Durch gewisse Geheimmittel gelingt es ihm, die Merkmale der Krankheit für einige Tage zu verwischen. Er benützt schnell die Gelegenheit, das Pferd dem B zu verkaufen. Nach den Gesetzen des vertraglichen Währschaftssystemes kann der Käufer gestützt auf die absicht-

liche Täuschung des Verkäufers *keineswegs die Wandelung* oder *Minderung* verlangen, da die Krankheit keinen Währschaftsmangel darstellt. Zum gleichen Resultate gelangen wir nach den Gesetzen des deutsch-rechtlichen Systemes, wenn nicht die arglistig verdeckte Krankheit in der Hauptmängelliste genannt ist.

§ 31.

Selbstständige Wirkungen des schuldhaften Verhaltens des Verkäufers beim Vertragsabschlusse auf die Haftung desselben für Vorhandensein oder Fehlen von Eigenschaften der Kaufsache.[1]

Das schuldhafte Verhalten das Verkäufers kann bezüglich der Haftung desselben für Vorhandensein oder Fehlen von Eigenschaften der Kaufsache in 3 Fällen eine selbstständige Rechtswirkung erzeugen:

1. Wenn der Tatbestand den Bestimmungen der Strafrechtsgesetze über Betrug entspricht,

2. wenn die Voraussetzungen des Art. 24, O.-R., erfüllt sind, und

3. wenn der Tatbestand des Art. 50 ff. vorliegt.

ad 1. Es steht ausser Zweifel, dass die Bestimmungen des Strafrechtes betreffend Betrug auch dann anzuwenden sind, wenn der Käufer bezüglich Eigenschaften der Kaufsache betrogen worden ist. Die kantonalen Viehwährschaftsgesetze üben keine einschränkende Wirkung auf die Bestimmungen des Strafrechtes aus.

ad 2. Ebenso verhält es sich mit den Bestimmungen des O.-R., Art. 24, über den zivilrechtlichen Betrug. Art. 24 lautet: „Ist ein Teil durch betrügerische Handlungen des anderen zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.“ Ist der Käufer infolge

[1] Von Mängeln der Kaufsache kann man ausserhalb des Währschaftsrechtes technisch nicht reden. Der Begriff des Mangels ist für das Währschaftsrecht eigentümlich.

der betrügerischen Handlungen des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache getäuscht und zum Abschlusse des Vertrages verleitet worden, so kann er nach Art. 24 die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages geltend machen, auch wenn ihm nach dem Währschaftsrechte, resp. Viehwährschaftsrechte ein Anspruch nicht zusteht, *den der Rechtsgrund der Haftung nach Art. 24 ist nicht eine wirkliche oder fingierte Garantie, sondern ein von der Rechtsordnung missbilligtes sittliches Verhalten des Verkäufers.* Z. B. A weiss, dass B ein Pferd zu kaufen sucht, das sicherlich nicht mehr als 9 Jahre alt ist. Er feilt deshalb seinem 11 Jahre alten Tiere die Zähne mit vieler Kunst so ab, dass man es bei einer nicht allzu genauen Betrachtung der Zähne für ein ungefähr 7jähriges Tier hält. Lässt sich nun der B nach Untersuchung der Zähne zum Vertragsabschlusse verleiten, so liegt der Tatbestand des Art. 24, O.-R., vor. Der B kann die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages geltend machen. Er wird wohl aber weder nach den Bestimmungen der Viehwährschaftsgesetze noch nach den Grundsätzen des O.-R., Art. 243—259, die Wandelung oder Minderung verlangen können; denn selbst nach den strengen Voraussetzungen des Art. 243, O.-R., berechtigt uns der Umstand, dass das Tier 11 anstatt die vermeintlichen 7 Jahre hat, wohl nicht, von einem erheblichen Mangel zu sprechen. Also können auch nicht wegen absichtlicher Täuschung die Rechtsmittel des Währschaftsrechtes gewährt werden.

Wir halten dafür, dass, wenn der Käufer durch betrügerische *mündliche* Zusicherungen zum Vertragsabschlusse verleitet worden ist, der Tatbestand des zivilrechtlichen Betruges vorliegt, selbst im Falle, dass zur Gültigkeit des Gewährversprechens die *schriftliche* Form statuiert wäre.[1]

ad 3. Auch auf die Art. 50 ff., O.-R., kann sich der Käufer unter bestimmten Voraussetzungen mit Erfolg berufen, wenn er durch den Kauf einer mangelhaften Sache zu Schaden gekommen ist. Der Art. 50, O.-R., lautet: „Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es

[1] Siehe oben § 30, II., 1.

aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.“ Dieser Art. 50 kann, sofern der Schaden im Vorhandensein oder Fehlen von gewissen Eigenschaften der Kaufsache besteht, *nur* angewendet werden, wenn der Käufer schon nach den Grundsätzen des Währschaftsrechtes für den Schaden aufzukommen hat oder wenn der Käufer mit Erfolg die Unverbindlichkeit des Vertrages nach Art. 24 geltend machen könnte, *denn nur dann ist der Schaden* **widerrechtlich** *zugefügt.*

Bei Konkurrenz mit den Rechtsmitteln des Währschaftsrechtes wird ein vernünftiger Käufer sich nicht auf Art. 50, O.-R., stützen, denn die Beweispflicht ist hier viel strenger.

Demgegenüber fällt den Art. 50 ff. bei der zivilrechtlichen Betrugsklage eine wichtige Rolle zu. Denn nach Art. 24, O.-R., kann der Käufer mit dieser Klage nur die Unverbindlichkeit des Vertrages sich zuerkennen lassen, nicht aber einen *Schadenersatz* verlangen. Will er neben der Nichtigkeit Schadenersatz fordern, so kann er dies nur auf Grund der Art. 50 ff. tun.

Auch wenn der Käufer den durch Betrug zustande gekommenen Vertrag genehmigt, ist er nach Art. 28, O.-R., immer noch berechtigt, nach Art. 50 ff. vom Verkäufer Ersatz des erlittenen Schadens zu begehren.

Errata:

Auf S. 29, Anm. 2, Zeile 5, soll es heissen anstatt Bossel, **R**ossel.

Auf S. 80, Anm. 2, Zeile 2, soll es heissen anstatt Graubünden, C. G. B., S. 346, Graubünden, C. G. B., § 346.

Auf S. 106, Anm. 1, Zeile 7, soll es heissen anstatt Windscheid, Bd. IV, Windscheid, Bd. **II**.